

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA

FACOLTÀ DI ECONOMIA

Corso di Laurea Specialistica in Consulenza professionale alle aziende



LE COMUNICAZIONI COMMERCIALI NON SOLLECITATE

Relatore:
Prof.ssa DIANORA POLETTI

Candidata:
MARCELLA MAMELI

Anno Accademico

2011-2012

Indice

1	Le comunicazioni commerciali e le comunicazioni commerciali indesiderate nel Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70	7
1.1	Premessa	7
1.2	La nozione di comunicazione commerciale	8
1.2.1	Caratteri, mezzi e soggetti delle comunicazioni commerciali nella rete	10
1.3	Gli obblighi informativi nell'ambito delle comunicazioni commerciali	13
1.3.1	Obblighi informativi generali	14
1.3.2	Obblighi di informazione per la comunicazione commerciale	16
1.3.3	Comunicazione commerciale non sollecitata	19
1.3.4	Uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate e Informazioni dirette alla conclusione del contratto	20
2	Le comunicazioni indesiderate e il restante quadro normativo	23
2.1	Premessa	23
2.2	La disciplina europea	26
2.2.1	Le Direttive 97/66/CE e 97/7/CE	26
2.2.2	La Direttiva 2000/31/CE	30

2.2.3	La Direttiva 2002/58/CE	33
2.3	Il Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) . . .	37
2.3.1	Informazioni per il consumatore	38
2.3.2	Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza	39
2.4	Il Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)	40
2.4.1	Consenso	41
2.4.2	Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso	45
2.4.3	Comunicazioni indesiderate	49
2.5	Il Garante per la protezione dei dati personali	53
2.5.1	Provvedimento generale del 29 maggio 2003	54
2.5.2	Altri provvedimenti	58
3	La composizione del contrasto normativo	62
3.1	Premessa	62
3.2	Le modifiche all'art. 130 del Codice in materia di protezione dei dati personali	63
3.3	Il Registro Pubblico delle Opposizioni	67
3.4	Le modifiche all'art. 58 del Codice del consumo	72
3.5	Il contrasto normativo tra D.Lgs. 70/2003 (art. 9), Codice del consumo (artt. 52 e 58) e Codice in materia di protezione dei dati personali (art. 130)	73
4	Le comunicazioni commerciali indesiderate nelle applicazioni della giurisprudenza	81
4.1	Premessa	81
4.2	Il sistema sanzionatorio contro lo <i>spamming</i>	82
4.3	Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali	85
4.4	Sentenze	90

4.4.1	Lo <i>spamming</i> e la responsabilità civile	90
4.4.1.1	<i>Spamming</i> tramite <i>e-mail</i>	90
4.4.1.2	<i>Spamming</i> tramite SMS	93
4.4.2	Lo <i>spamming</i> come illecito penale	96

Introduzione

Un'anziana coppia di coniugi entra in ristorante e prende posto accanto ad una tavolata di avventori abbigliati dei caratteristici indumenti vichinghi. Il marito, rivolgendosi alla cameriera chiede “Cosa c'è di buono?”, lei, elencando il menù del giorno, risponde “Ci sono uova e pancetta. Uova, salsicce e pancetta. Uova e *Spam*, uova pancetta e *Spam*. Uova, pancetta, salsicce, *Spam*. *Spam*, pancetta, salsicce e *Spam*. *Spam*, uova, *Spam*, *Spam*, pancetta e *Spam*. *Spam*, *Spam*, *Spam*, uova e *Spam*. *Spam*, *Spam*, *Spam*... fagioli in scatola, *Spam*, *Spam*, *Spam* e *Spam*. Oppure aragosta gratinata nel carapace con gamberi e salsa Monary... guarnita con paté di tartufo, brandy, uova fritte e *Spam*!”. La crescente insistenza della cameriera al consumo di pietanze a base di *Spam* (*spiced ham*), supportata dai vichinghi che intonano un coro che inneggia all'acquisto della nota marca di carne in scatola, si contrappone all'avversione dei clienti per questo alimento. Così recitavano negli anni '70 i *Monty Python*, celebre gruppo comico inglese, in una scenetta del loro show televisivo *Monty Python's Flying Circus*.

Proprio da questo *sketch* satirico, che enfatizza una forma di comunicazione esasperante e sgradevole, trae origine il termine *spamming* che, nell'odierna terminologia informatica, identifica una pratica consistente nell'invio massivo e spesso indiscriminato di comunicazioni non desiderate, perlopiù di contenuto pubblicitario, messa in atto da mittenti difficilmente identificabili, mediante svariate tecniche di comunicazione a distanza, in particolar modo

tramite messaggi di posta elettronica¹.

Tale fenomeno, dalle preoccupanti dimensioni e in costante crescita, si caratterizza per la rilevante potenzialità lesiva a danno dei destinatari dei messaggi non sollecitati, lesione che si estrinseca sotto differenti profili: uno di natura economica, relativo ai costi di banda sostenuti da *providers* e utenti per il trasporto del messaggio nonché al tempo perduto dai destinatari per scaricare, verificare e cancellare il messaggio; uno di natura tecnica, dovuto ai danni (sia quelli diretti sui sistemi che quelli indiretti dovuti ai malfunzionamenti) causati dalle congestioni indotte dallo *spam*; uno di natura giuridica, in riferimento alla violazione della riservatezza dell'individuo².

Il presente lavoro di tesi si focalizza sulla problematica relativa alla liceità del fenomeno in oggetto, con particolare attenzione verso il tema della violazione del diritto alla *privacy* del destinatario. L'elaborato procede ad una disamina del complesso quadro normativo in materia di comunicazioni commerciali, partendo, al capitolo 1, dalla nozione stessa di comunicazione commerciale e i relativi obblighi informativi disciplinati nell'ambito del D.Lgs. 70/2003 (in materia di commercio elettronico).

Al capitolo 2 si opera un'analisi delle fonti comunitarie (e rispettive normative nazionali di recepimento) in tema di comunicazioni indesiderate (Direttiva 97/66/CE, Direttiva 97/7/CE, Direttiva 2000/31/CE e Direttiva 2002/58/CE) e della più specifica disciplina del consenso contenuta nel D.Lgs. 196/2003 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*) e nel D.Lgs. 206/2005 (*Codice del consumo*), nonché un esame delle disposizioni del Garante per la protezione dei dati personali in tema di *spamming* (Provvedimento generale del 29 maggio 2003, Provvedimento generale del 12 marzo 2003 e Provvedimento generale del 10 giugno 2003).

Segue, al capitolo 3, un'analisi delle problematiche connesse al contrasto tra le diverse normative, nazionali e comunitarie, anche alla luce delle modi-

¹[Ziccardi], pp. 184-185.

²[Piva], pp. 57-60.

liche legislative introdotte dalla Legge n. 51/2006 (*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273*), dalla Legge n. 166/2009 (*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 25 settembre 2009, n. 135*), dalla Legge n. 106/2011 (*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70*) e dal recentissimo D.Lgs. n. 69/2012.

Al capitolo 4 sono infine menzionate le più rilevanti applicazioni giurisprudenziali sul tema trattato.

Capitolo 1

Le comunicazioni commerciali e le comunicazioni commerciali indesiderate nel Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70

1.1 Premessa

Il Decreto Legislativo del 9 aprile 2003, n. 70 ha dato attuazione alla delega contenuta nell'articolo 31 della legge 1 marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2001) relativa al recepimento della Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, concernente taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa¹ che accompagna il provvedimento di attuazione, «la direttiva si fonda sulla *clausola mercato interno* ed è volta ad assicurare la libera prestazione dei servizi *on-line* nel-

¹Relazione illustrativa accompagnante la notifica dello schema di decreto legislativo alla Commissione europea effettuata ai sensi della direttiva 98/34/CE con nota n. 2003 DAR 0029/I del 24 gennaio 2003.

l'insieme della Comunità, creando regole uniformi per il commercio elettronico, che è, per sua stessa natura, senza frontiere. In particolare, anche in considerazione dell'incertezza esistente in molti Stati membri sulla disciplina da applicare a tale forma di commercio e alle divergenze esistenti tra le varie legislazioni nazionali, la direttiva si propone di fornire una base comune di regole alla prestazione di servizi delle società dell'informazione e, dunque, a tutte le transazioni in linea, in cui le negoziazioni e la conclusione degli accordi avvengono senza la presenza fisica dei contraenti».

Il D.Lgs. 70/2003 manca l'obiettivo di fare chiarezza nella complessa e contraddittoria legislazione italiana in materia di *e-commerce* e non introduce nessuna grande novità rispetto alla già esistente normativa nazionale e comunitaria che disciplina il commercio nazionale e internazionale, compreso dunque anche il commercio elettronico. Il decreto in oggetto risulta essere, secondo il parere della dottrina, «una distratta e pedissequa attuazione della delega parlamentare e, soprattutto, un coacervo di ovvietà e di risposte confuse e contraddittorie che non possono che lasciare insoddisfatti tanto i prestatori dei servizi della società dell'informazione che i destinatari di tali servizi ma che, soprattutto, appaiono difficilmente conciliabili con tutta una serie di altre previsioni contenute nella vigente normativa»².

1.2 La nozione di comunicazione commerciale

Ai fini dell'esame della disciplina sullo *spamming*, occorre innanzi tutto prendere in considerazione la nozione di “comunicazione commerciale”. È possibile ravvisarne una precisa definizione solo nella normativa comunitaria in tema di commercio elettronico e, di conseguenza, nella legge di recepimento.

L'art. 2, lettera f) del D.Lgs. 70/2003, definisce, in maniera del tutto identica a quanto previsto dalla direttiva comunitaria³, quali comunicazioni

²[Lisi]

³Art. 2, lettera f), Direttiva 2000/31/CE.

commerciali *«tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione»*. La definizione, piuttosto ampia, fa rientrare nel novero delle attività oggetto di comunicazione commerciale anche le libere professioni, assimilandole in un certo qual modo all'attività di impresa. Si usa inoltre, per la prima volta, il termine “organizzazione”, includendo in tal modo tutti gli enti, riconosciuti e non riconosciuti. Come anticipato, il restante quadro normativo nazionale, pur trattando la materia, non definisce esplicitamente il concetto di “comunicazione commerciale”, tuttavia, la sopracitata definizione sembra sovrapporsi a quelle di “pubblicità” e di “pubblicità comparativa” previste dalle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa⁴.

Sempre l'art. 2, lettera f) del D.Lgs. 70/2003, esclude dal novero delle comunicazioni commerciali:

1. *le informazioni che consentono un accesso diretto all'attività dell'impresa, del soggetto o dell'organizzazione, come un nome di dominio, o un indirizzo di posta elettronica;*
2. *le comunicazioni relative a beni, servizi o all'immagine di tale impresa, soggetto o organizzazione, elaborate in modo indipendente, in particolare senza alcun corrispettivo.*

Nel primo caso, sono da ritenersi escluse quelle informazioni che, seppur provenienti dal titolare delle stesse, hanno lo scopo di identificare e contattare il prestatore. Nel secondo caso, non si ritengono comunicazioni commerciali tutte quelle informazioni che, seppur attinenti il prestatore e i suoi servizi, non provengono dal soggetto al quale si riferiscono ma sono elaborate da un

⁴Art. 2 del D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (come modificato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000, n.67 e dalla legge 6 aprile 2005, n.49) Attuazione della Direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla Direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

terzo in maniera indipendente e a titolo gratuito⁵. Quest'ultima tipologia di esclusione non è di facile interpretazione, non risulta agevole individuare una fattispecie concreta che corrisponda alla norma.

Il principale problema connesso alle comunicazioni commerciali nell'ambito del commercio elettronico attiene alla quasi completa coincidenza tra dichiarazione negoziale e comunicazione commerciale. La normativa in esame fa riferimento a informazioni pubblicitarie distinte dalle proposte commerciali *on-line*, ma non sempre risulta agevole discernere tra le due fattispecie.

Un primo criterio di distinzione è ravvisabile nel dettato dell'art. 6 della Direttiva 2000/31/CE – e parallelamente in quello dell'art. 8 del D.Lgs. 70/2003 – in virtù del quale la comunicazione commerciale deve contenere tutte le informazioni necessarie ad essere chiaramente identificabile come tale. Simili obblighi informativi sono infatti previsti per i soli messaggi con scopo meramente promozionale⁶.

Un secondo criterio di differenziazione consiste nel verificare se all'utente sia data o meno la possibilità di rispondere all'offerta telematica tramite l'esercizio di una scelta, nel primo caso si tratterà di un vero e proprio atto negoziale, nel secondo di una semplice comunicazione commerciale⁷.

1.2.1 Caratteri, mezzi e soggetti delle comunicazioni commerciali nella rete

La rete, divenuta ormai un fenomeno di massa, rappresenta oggi, accanto alla telefonia mobile, i servizi *wireless* ad essa associati ed i servizi *on-demand*, il principale canale di comunicazione commerciale interattiva (*Interactive advertising*). Essa costituisce uno strumento capace di unire alle caratteristiche tipiche dei tradizionali mezzi di comunicazione elementi del tutto peculiari quali appunto l'interattività con il pubblico, la velocità di elaborazione e tra-

⁵[Tosi], p. 103.

⁶[Finocchiaro], pp. 67-68.

⁷[Manna], pp. 35-36.

smissione dell'informazione, il raggiungimento di un elevato numero di utenti, i bassi costi di realizzazione e gestione delle campagne pubblicitarie, la profilazione dell'utenza e la conseguente personalizzazione della comunicazione commerciale⁸.

Dal punto di vista tecnico, la pubblicità sul *web* può essere realizzata in vari modi e attraverso molteplici strumenti, tra i quali:

- *banner*: consiste in un'immagine grafica fissa (banner statico) o animata (banner dinamico), di forma quadrata o rettangolare, di dimensioni e formati variabili, recante un'inserzione pubblicitaria. Oltre la visualizzazione del messaggio pubblicitario, il banner consente l'accesso alla pagina *web* dell'inserzionista tramite un *click* sull'immagine da parte dell'utente;
- *pop-up*: il messaggio pubblicitario viene visualizzato, all'apertura di una pagina *web*, automaticamente e contemporaneamente alla pagina richiesta, in una nuova finestra del *browser* o in sovrapposizione a una porzione della pagina, disturbando così la lettura. È una forma intrusiva e sgradevole di comunicazione commerciale, molti *browser* ne consentono il bloccaggio, tuttavia spesso i *malware* che infettano il computer generano l'apertura di finestre *pop-up* anche in assenza di connessione Internet;
- *motori di ricerca*: il *browser* visualizza messaggi pubblicitari (*banner* o messaggi testuali contenenti *link* attivi verso la pagina *web* dello sponsor) strettamente attinenti alle parole chiave usate dall'utente sul motore di ricerca;
- *e-mail*: il messaggio pubblicitario viene inviato all'utente tramite la posta elettronica;

⁸[Marcelli], p. 35.

- *social network*: le *community* consentono di veicolare, tramite *banner* o *e-mail*, messaggi pubblicitari estremamente personalizzati in virtù dell'accurato livello di profilazione degli utenti;
- *video on-line*: il messaggio pubblicitario viene veicolato o tramite *banner* sovrapposti al filmato o tramite *spot* che precedono la visualizzazione del video;
- *Internet mobile*: la pubblicità viene diffusa tramite messaggi su dispositivi *smartphone* e *tablet* connessi alla rete.

Dal punto di vista soggettivo, l'*Interactive advertising* vede l'avvicinarsi di due distinte parti: i promotori del messaggio pubblicitario da un lato e gli utenti destinatari del messaggio dall'altro. Di tali parti, l'art. 2 del D.Lgs. 70/2003, rispettivamente alle lettere b) e d), fornisce le seguenti definizioni:

- *prestatore*: la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione;
- *destinatario del servizio*: il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni.

Parti del fenomeno sono dunque, con differenti ruoli e funzioni, molteplici figure professionali, tra le quali: imprese-inserzioniste, agenzie pubblicitarie specializzate nella comunicazione *on-line*, agenzie di *media planning*, *Interactive media agency*, società di *marketing*, *Internet service providers*, titolari di siti *web*, utenza Internet, concessionarie di pubblicità su Internet.

Le tradizionali forme di diffusione delle comunicazioni commerciali prevedono un sistema comunicativo unilaterale e unidirezionale che vede, da un lato, il prestatore del servizio promuovere il messaggio e, dall'altro, il destinatario recepire passivamente la comunicazione. La pubblicità in rete consente di superare questo limite rendendo il destinatario del messaggio pubblicitario

parte attiva del fenomeno, in grado di interagire direttamente con l'impresa promotrice⁹.

1.3 Gli obblighi informativi nell'ambito delle comunicazioni commerciali

Tra gli aspetti più critici attinenti l'*e-commerce* rientrano senza dubbio l'incertezza circa l'identità e serietà professionale del prestatore nonché l'insufficienza, l'inadeguatezza e la scarsa trasparenza delle informazioni contrattuali messe a disposizione del destinatario del servizio. Al fine di fornire ai consumatori un elevato livello di tutela e, conseguentemente, accrescerne la fiducia nei confronti del mercato interno delle attività promozionali, la legislazione comunitaria prima, e quella nazionale poi, si è preoccupata di disciplinare le informative che i prestatori devono obbligatoriamente mettere a disposizione degli utenti.

In via generale, l'informativa in oggetto deve essere facilmente reperibile e strutturata in maniera tale da rendere trasparente il contenuto delle comunicazioni commerciali.

Il D.Lgs. 70/2003 prevede, per quel che è di nostro interesse, tre specifici blocchi informativi, relativi rispettivamente a:

- informazioni generali obbligatorie (art. 7);
- obblighi di informazione per la comunicazione commerciale (art. 8);
- comunicazione commerciale non sollecitata (art. 9)¹⁰.

⁹[Tosi], pp. 88-92.

¹⁰[Tosi], pp. 56-57.

1.3.1 Obblighi informativi generali

Ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.Lgs. 70/2003¹¹, *«Il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio e alle Autorità competenti le seguenti informazioni:*

- a) il nome, la denominazione o la ragione sociale;*
- b) il domicilio o la sede legale;*
- c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica;*
- d) il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese;*
- e) gli elementi di individuazione nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione;*
- f) per quanto riguarda le professioni regolamentate:*
 - 1. l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il prestatore sia iscritto e il numero di iscrizione;*
 - 2. il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;*
 - 3. il riferimento alle norme professionali e agli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi;*
- g) il numero della partita IVA o altro numero di identificazione considerato equivalente nello Stato membro, qualora il prestatore eserciti un'attività soggetta ad imposta;*

¹¹Corrispondente all'art. 5 della Direttiva 2000/31/CE.

- h) l'indicazione in modo chiaro ed inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell'informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi da specificare;*
- i) l'indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso».*

In sostanza, tali obblighi informativi fanno sì che l'utente del servizio possa individuare con certezza la propria controparte contrattuale, verificare l'esistenza dei richiesti regimi autorizzatoti, conoscere le norme di riferimento applicabili nel paese di residenza nonché l'autorità di vigilanza competente. L'art. 7, tuttavia, non fornisce un elenco esaustivo degli obblighi informativi posti a carico del prestatore, il primo comma fa infatti salvi quelli previsti da altre normative con riferimento a specifici beni e servizi.

Il prestatore del servizio è tenuto a rendere l'informativa in oggetto a qualsiasi destinatario del servizio, sia esso un consumatore¹², un imprenditore o una parte professionale. Le informazioni rese devono inoltre prevedere dei requisiti essenziali in merito all'accessibilità:

- *facile*: l'utente medio, che abbia almeno un minimo di conoscenza informatica (non informaticamente evoluto), deve essere in grado di trovare senza particolari difficoltà tali informazioni sul sito del prestatore di servizi;
- *diretta*: le informazioni devono essere messe a disposizione dal prestatore presso lo stesso sito nel quale il prodotto/servizio è pubblicizzato

¹²L'art. 2 del decreto in esame, alla lettera e), definisce “consumatore”: qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

e reso, non è consentito l'ausilio di intermediari quali *link* di rinvio ad altri siti;

- *permanente*: la permanenza delle informazioni non consiste nella loro immodificabilità bensì nella loro presenza stabile nel sito.

Dal punto di vista tecnico, l'informativa dovrebbe essere resa disponibile sul sito *web* presso il quale il bene o servizio viene offerto e secondo modalità tali da consentirne la memorizzazione e la riproduzione dal parte dell'utente¹³.

1.3.2 Obblighi di informazione per la comunicazione commerciale

L'art. 8 del D.Lgs. 70/2003 prescrive¹⁴, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, una serie di obblighi di informazione a carico del prestatore con riferimento alle comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante. Queste «*devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa, diretta ad evidenziare:*

- a) *che si tratta di comunicazione commerciale;*
- b) *la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale;*
- c) *che si tratta di un'offerta promozionale come sconti, premi, o omaggi e le relative condizioni di accesso;*
- d) *che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione».*

¹³[Tosi], pp. 57-59.

¹⁴In maniera del tutto analoga a quanto stabilito dall'art. 6 della Direttiva 2000/31/CE.

La norma fa riferimento alle comunicazioni il cui scopo è quello di stimolare la volontà negoziale del destinatario e non anche a quelle contenenti una mera manifestazione della volontà negoziale del prestatore, vale a dire delle comunicazioni neutre nelle quali non vengono enfatizzati aspetti promozionali¹⁵.

La chiara identificazione della comunicazione commerciale in quanto tale ha il fine di evitare il diffondersi di messaggi pubblicitari occulti o anonimi. Chiaramente identificabile deve altresì essere il prestatore del servizio per conto del quale la comunicazione commerciale è stata inviata, cosicché il destinatario possa eventualmente esercitare il diritto di opposizione all'invio di ulteriori futuri messaggi. La norma pone inoltre l'obbligo di evidenziare la presenza le condizioni di accesso e partecipazione a offerte promozionali (sconti, premi, omaggi), concorsi e giochi promozionali, così come qualificati dalle norme nazionali e comunitarie in materia.

La disposizione, attraverso il requisito della *chiara ed inequivocabile identificabilità*, richiama il principio di *trasparenza* della pubblicità, in virtù del quale il destinatario deve essere in grado di riconoscere immediatamente l'effettiva natura del messaggio pubblicitario senza essere costretto a compiere ragionamenti deduttivi. Il decreto, tuttavia, non stabilisce le modalità secondo le quali, in concreto, l'informativa si intenda resa "in modo chiaro ed inequivocabile". Ad esempio, tale obbligo potrebbe essere ottemperato tramite l'esplicita indicazione della natura del messaggio, mediante diciture quali "informazione pubblicitaria" o "messaggio promozionale" o "le aziende informano". L'assenza di tali notazioni non è comunque sufficiente a compromettere la riconoscibilità della natura pubblicitaria del messaggio da parte del destinatario, qualora siano comunque presenti altri indicatori quali l'esistenza di un rapporto di committenza tra prestatore del servizio e terzo che elabora la comunicazione commerciale, altri elementi presuntivi chiari,

¹⁵[Finocchiaro], pp. 68-69.

precisi e concordanti¹⁶.

La disposizione dell'art. 8 deve infine essere coordinata con quanto previsto dall'art. 3 del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185¹⁷, attuativo della Direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Entrambe le disposizioni attengono l'obbligo di informativa posto a carico del prestatore del servizio/fornitore¹⁸, tuttavia, pur perseguendo la medesima finalità (inequivocabilità, chiarezza e comprensibilità della natura e del contenuto della comunicazione commerciale), differiscono sotto i seguenti aspetti:

- *area applicativa*: mentre l'art. 8 del D.Lgs. 70/2003 si riferisce a tutte le comunicazioni commerciali indirizzate a qualsiasi tipo di destinatario del servizio della società dell'informazione (consumatore, imprenditore, parte professionale), l'art. 3 del D.Lgs. 185/1999 ha una portata più ristretta e attiene esclusivamente i contratti a distanza nei quali sia parte contraente il *consumatore*¹⁹;
- *propedeuticità*: l'art. 3 del D.Lgs. 185/1999 prevede un elenco di informazioni che devono essere rese al consumatore in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, l'art. 8 del D.Lgs. 70/2003 attiene alla comunicazione commerciale in quanto tale, l'informativa propedeutica alla conclusione del contratto è invece contenuta al successivo art. 12. In sostanza, il D.Lgs. 70/2003 opera, per quanto attiene gli obblighi di informativa in esame, una netta distinzione

¹⁶Ad esempio il tipo di linguaggio utilizzato, il contenuto del messaggio, la presenza di immagini di prodotti, marchi e confezioni, riferimenti a prodotti e/o aziende concorrenti, spazio nel quale è inserita l'inserzione, ecc.

¹⁷Oggi art. 52 del Codice del Consumo.

¹⁸Ai sensi dell'art. 1, lettera c), del D.Lgs. 185/1999, si intende per "*fornitore*": la persona fisica o giuridica che nei contratti a distanza agisce nel quadro della sua attività professionale.

¹⁹Ai sensi dell'art. 1, lettera b), del D.Lgs. 185/1999, si intende per "*consumatore*": la persona fisica che, in relazione ai contratti a distanza, agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta.

tra la fase relativa alla comunicazione commerciale (art. 8) e quella della comunicazione strumentale alla conclusione del contratto per via elettronica.

In via generale, la disciplina sul commercio elettronico e quella relativa ai contratti a distanza con i consumatori dovranno essere coordinate in funzione della loro coesistenza nei rispettivi ambiti applicativi²⁰.

1.3.3 Comunicazione commerciale non sollecitata

L'art. 9, comma 1 del D.Lgs. 70/2003 sancisce che *«Fatti salvi gli obblighi previsti dal decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 e dal decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica devono, in modo chiaro e inequivocabile, essere identificate come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contenere l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni»*. Il comma 2 fa ricadere sul prestatore l'onere della prova circa il carattere sollecitato della comunicazione.

Ai fini della comprensione della norma, è opportuno premettere che le modalità d'invio delle comunicazioni commerciali possono essere ricondotte a due diverse tecniche:

- *opt-in*: la comunicazione commerciale può essere indirizzata soltanto a chi abbia preventivamente manifestato il consenso a riceverla;
- *opt-out*: il destinatario della comunicazione commerciale non sollecitata ha la possibilità di opporsi ad ulteriori invii per il futuro, in mancanza di tale opposizione e in virtù di una sorta di silenzio-assenso può continuare a essere destinatario di questo tipo di comunicazioni.

²⁰[Tosi], pp. 61-65, pp. 105-106.

Appare evidente che, nel richiedere “l’indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni”, l’art. 9 adotti la tecnica dell’*opt-out*, discostandosi dall’orientamento fino ad allora tenuto dal legislatore nazionale, legato alla regola dell’*opt-in*.

La norma in oggetto pare inoltre non seguire appieno i principi dettati dall’art. 31, lettera b), della Legge delega 39/2003, nonché disattendere parzialmente quanto previsto dall’art 7 della Direttiva sul commercio elettronico, contribuendo in tal modo ad accrescere il già rilevante problema di coordinamento tra i diversi impianti normativi in materia di comunicazioni commerciali, problema che verrà di seguito esaminato²¹.

1.3.4 Uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate e Informazioni dirette alla conclusione del contratto

A completamento del quadro normativo relativo agli obblighi d’informativa si ritiene opportuno menzionare gli artt. 10 e 12 del D.Lgs. 70/2003 che disciplinano, rispettivamente, l’uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate e le informazioni dirette alla conclusione del contratto.

L’art. 10 detta regole specifiche e ulteriori rispetto ai già esaminati obblighi di informativa stabilendo che *«L’impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell’informazione o ne sono parte, fornite da chi esercita una professione regolamentata, deve essere conforme alle regole di deontologia professionale e in particolare, all’indipendenza, alla dignità, all’onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi»*.

Sono *professioni regolamentate* tutte quelle il cui esercizio è vincolato al possesso di specifici requisiti e di una specifica formazione, per le quali è previsto un sistema d’iscrizione presso appositi albi. A suo tempo, la norma

²¹[Manna], pp. 54-62.

in oggetto aveva sostanzialmente anticipato la liberalizzazione del mercato attuata dai decreti Bersani.

Per quanto attiene le informazioni dirette alla conclusione del contratto, l'art. 12, comma 1, prevede che *«Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni:*

- a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;*
- b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;*
- c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;*
- d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;*
- e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;*
- f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie».*

Le informazioni devono essere innanzitutto fornite in modo *chiaro, comprensibile ed inequivocabile*, in virtù del principio cui sottostanno le modalità con cui deve, in generale, essere trattata e trasmessa l'informazione: la trasparenza.

Possiamo distinguere le informazioni sopraelencate in due tipologie. Al primo tipo, punti (a) (b) e (c), appartengono le informazioni necessarie a colmare il divario di conoscenze tecnologiche esistenti tra il professionista e il destinatario, in primo luogo il consumatore. Le informazioni appartenenti al

secondo tipo, punti (d), (e) ed (f), sono invece di carattere più generale concernenti il contratto. Con il richiamo ai codici di condotta di cui alla lettera (d), sembra che il legislatore abbia fatto affidamento sulle capacità autoregolatrici dell'attività del prestatore di servizi. La contrattazione telematica si porta dietro l'esigenza di strumenti non convenzionali di composizione delle controversie.

Ai sensi del comma 2, sono esclusi dall'ambito di applicabilità del comma 1 i *«contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti»*.

L'ultimo comma dell'art. 12 prevede infine che *«Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione»*. La disposizione ha l'obiettivo di dare stabilità alle informazioni attraverso la possibilità di memorizzare e riprodurre tutto ciò che riguarda il contratto: condizioni e clausole contrattuali.

Capitolo 2

Le comunicazioni indesiderate e il restante quadro normativo

2.1 Premessa

Prima di procedere all'analisi del complesso quadro normativo in tema di comunicazioni indesiderate, si ritiene opportuno precisare che «non ogni forma di comunicazione commerciale “indesiderata” è *spamming*¹ e una pratica commerciale sleale, mentre lo *spamming* è una forma di comunicazione (anche di carattere commerciale e con finalità pubblicitaria) indesiderata e una pratica (anche commerciale) sempre illecita». Nel linguaggio comune qualsiasi comunicazione non sollecitata viene qualificata come *spamming*, tuttavia, quest'ultimo identifica un fenomeno a sé stante consistente nell'invio massiccio, ripetuto e indiscriminato di messaggi a scopo prevalentemente pubblicitario, trasmessi tramite tecniche di comunicazione a distanza, da un mittente difficilmente identificabile che maschera o falsifica la propria identità. Qualificare una comunicazione come “indesiderata” fa presupporre che il destinatario non

¹I messaggi di posta elettronica inviati con la tecnica dello *spamming* sono definiti anche UCE, acronimo di *Unsolicited Commercial e-mail*.

gradisca ricevere il messaggio e voglia che sia tutelato il proprio diritto alla riservatezza.

Nel Rapporto sullo *spamming* del gennaio 2004, l'OCSE (*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico*) individua alcuni criteri di distinzione tra *spam* e comunicazioni indesiderate. Caratteristiche tipiche dello *spamming* sono:

- *i messaggi sono inviati elettronicamente, prevalentemente attraverso il canale della posta elettronica, newsgroups, chatlines, ma anche mediante SMS (short message service);*
- *i messaggi sono inviati in massa;*
- *i messaggi sono indesiderati, nel senso che non sono richiesti o voluti dal ricevente;*
- *il fine è generalmente commerciale, benché siano qualificati come spamming anche messaggi di natura politica o altri contenenti virus.*

Sono invece da considerarsi caratteristiche secondarie, in quanto associabili anche allo *spam* ma da sole non sufficienti a qualificare un messaggio come tale:

- *l'utilizzo di indirizzi di posta elettronica raccolti senza il consenso dell'interessato da fonti pubbliche come pagine web, newsgroups o mailing lists;*
- *i messaggi sono spesso considerati inutili dal ricevente;*
- *l'invio è effettuato in maniera indiscriminata, cosicché risulta spesso fuori target;*
- *i messaggi sono spesso ripetuti;*
- *i messaggi hanno un contenuto illegale o offensivo;*

- non è possibile fermare la ricezione poiché i links di cancellazione non esistono o non funzionano;
- i mittenti sono anonimi o mascherati da falsi indirizzi².

Gli effetti negativi dello *spamming* interessano tre categorie di soggetti:

- a) *utenti e-mail*: la ricezione di spam determina per l'utente costi in termini di connessione e di tempo necessari a scaricare, prendere visione e cestinare il messaggio, nonché l'intasamento della casella di posta elettronica con la possibilità che lo spazio residuo a disposizione non sia sufficiente per la ricezione di ulteriori messaggi (leciti);
- b) *e-mail service provider*: lo spamming può provocare congestioni e rallentamenti delle infrastrutture di rete, con la conseguente necessità di ampliamento della banda per soddisfare il medesimo numero di clienti;
- c) *terze parti*: si tratta in genere di soggetti ignari del fatto che lo *spammer* faccia uso del loro indirizzo e-mail o dominio per l'invio dei messaggi indesiderati.

I principali profili problematici connessi alla pratica dello *spamming* attingono dunque le modalità attraverso le quali vengono raccolti gli indirizzi *e-mail* degli utenti della rete destinatari dei messaggi e che costituiscono potenziali clienti, il numero altissimo di messaggi pubblicitari loro inviati nonché l'aumento dei costi di connessione alla rete a carico degli stessi. Lo *spamming* è dunque un fenomeno pericoloso e in forte crescita, in grado non solo di ledere gli interessi economici degli utenti della rete ma di determinare altresì una violazione del loro diritto alla *privacy*, posto che l'indirizzo di posta elettronica sia da considerarsi un dato personale. Per tali ragioni, il legislatore, sia comunitario che nazionale, ha prestato particolare interesse alla tematica della comunicazione commerciale non sollecitata, regolamentando

²[Manna], pp. 55-57.

la fattispecie in diverse normative tra loro eterogenee, che vanno dalla tutela del consumatore, al diritto alla *privacy*, al commercio elettronico e ai contratti a distanza. Si tratta tuttavia di discipline con ambiti di applicazione solo parzialmente coincidenti e che mal si connettono sotto il profilo della successione temporale delle leggi, che delineano pertanto un *corpus normativo* frammentario e non coordinato dal quale emergono non banali problemi interpretativi³.

2.2 La disciplina europea

La normativa europea in tema di comunicazioni indesiderate non è stata univoca, ciò in virtù del fatto che, come già accennato, due sono i modelli ai quali è possibile fare riferimento al fine dell'acquisizione del consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati personali e, di conseguenza, all'uso del proprio indirizzo *e-mail* per l'invio di posta elettronica contenente messaggi non sollecitati: *opt-in*, ossia consenso preventivo da parte del destinatario, e *opt-out*, ossia diniego successivo al primo invio.

2.2.1 Le Direttive 97/66/CE e 97/7/CE

L'art. 12 della Direttiva 97/66/CE del 15 dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in merito alle cosiddette "chiamate indesiderate", prevede quanto segue: *«L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata) o di telefax (telecopia) per scopi di invio di materiale pubblicitario può essere consentito soltanto nei confronti degli abbonati che hanno dato preventivamente il loro consenso.*

Gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire che, gratuitamente, le chiamate indesiderate a scopo di invio di materiale pubblicitario,

³[Marcelli], pp. 55-56.

con mezzi diversi da quelli di cui al paragrafo 1, non siano permesse o senza il consenso dell'abbonato interessato o nei confronti di abbonati che non desiderino ricevere questo tipo di chiamate; la scelta tra queste due possibilità è stabilita dalla normativa nazionale.

I diritti di cui ai precedenti paragrafi 1 e 2 si applicano agli abbonati che sono persone fisiche. Gli Stati membri garantiscono, inoltre, nel quadro del diritto comunitario e della normativa nazionale applicabile, un'adeguata tutela dei legittimi interessi degli abbonati che sono persone fisiche, relativamente alle chiamate indesiderate».

La Direttiva 97/66/CE è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171, questo, all'art. 10, comma 1, dispone che *«L'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore o del telefax per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito con il consenso espresso dell'abbonato».* Occorre sottolineare che la norma in esame, riguardando esclusivamente le ipotesi dell'invio di materiale pubblicitario, della vendita diretta, del compimento di ricerche di mercato e della comunicazione commerciale interattiva nell'ambito dei servizi di telecomunicazioni, non trova applicazione nei casi in cui l'invio di *e-mail* è effettuato per scopi diversi da quelli indicati dal comma 1.

Il secondo comma della disposizione prevede inoltre che *«Le chiamate per le finalità di cui al comma 1, effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge»*, riferendosi in questo caso alla Legge n. 675/1996 sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, oggi abrogata dal D.Lgs. n. 196/2003 recante il Codice in materia di protezione dei dati personali.

Si ritiene ragionevole includere nell'alveo dei sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore, pur senza esplicita menzione, anche l'utilizzo della posta elettronica posto che, ai fini della *ratio* della

norma in oggetto, ciò che rileva è la vulnerabilità del destinatario rispetto a sistemi di comunicazione invasivi e non “filtrabili” con l’intervento di un operatore⁴.

La Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, al *Considerando* 17, in primo luogo riconosce in capo al consumatore «*un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all’impiego di tali tecniche; che gli Stati membri dovrebbero adottare opportune misure per proteggere efficacemente da siffatti contatti i consumatori che hanno dichiarato di non voler essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazione*».

Il comma 1 dell’art. 10 della stessa Direttiva fa suo il principio dell’*opt-in* sancendo che «*L’impiego da parte di un fornitore delle tecniche riportate in appresso richiede il consenso preventivo del consumatore:*

- *sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata);*
- *fax (telecopia)*».

Al contrario, il comma 2 dello stesso articolo stabilisce che «*Gli Stati membri si accertano che le tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al paragrafo 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possano essere impiegate solo se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario*», adottando pertanto il principio dell’*opt-out* per le comunicazioni commerciali non sollecitate, provenienti da sistemi di chiamata diversi da quelli automatici.

L’art. 10 della Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la Direttiva 90/619/CE e le Direttive 97/7/CE e 98/27/CE, fissa

⁴[Tosi], pp. 66-67.

le medesime restrizioni per le comunicazioni non richieste, confermando la scelta dell'*opt-in* per le comunicazioni inoltrate mediante sistemi di chiamata automatizzata e dell'*opt-out* per i sistemi di comunicazione individuale.

Il D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185, attuativo della Direttiva 97/7/CE, all'art. 10, stabilisce che «1. *L'impiego da parte di un fornitore del telefono, della posta elettronica di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax, richiede il consenso preventivo del consumatore.* 2. *Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal fornitore se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario*». La norma italiana riprende fedelmente quanto disposto dal legislatore comunitario e ne amplia la portata menzionando esplicitamente la posta elettronica quale mezzo di comunicazione a distanza⁵.

Occorre evidenziare che l'art. 12 della Direttiva 97/66/CE e l'art. 10 della Direttiva 97/7/CE (e loro corrispondenti norme nazionali contenute nei decreti di attuazione) differiscono profondamente per quanto attiene il campo d'applicazione, infatti mentre il primo tutela l'*abbonato* ai servizi di telecomunicazioni⁶, il secondo riguarda il *consumatore* quale parte di un contratto a distanza⁷, escludendo pertanto le comunicazioni che avvengono nel c.d. B2B (*Business to Business*), nelle quali non sono appunto coinvolti i

⁵[Finocchiaro], pp. 70-71.

⁶Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della Direttiva 97/66/CE si intende per: a) "*abbonato*": ogni persona fisica o giuridica che sia parte di un contratto con un fornitore di servizi di telecomunicazione offerti al pubblico, per la fornitura di detti servizi; d) "*servizio di telecomunicazione*": servizi la cui fornitura consiste in tutto o in parte nella trasmissione e nell'inoltro di segnali su reti di telecomunicazione, ad eccezione della radiodiffusione e della telediffusione.

⁷Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 97/7/CE, si intende per: 1) "*contratto a distanza*": qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso; 2) "*consumatore*": qualunque persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale.

consumatori.

2.2.2 La Direttiva 2000/31/CE

La Direttiva 2000/31/CE, premettendo al *Considerando* 29 che «*Le comunicazioni commerciali sono essenziali per il finanziamento dei servizi della società dell'informazione e per lo sviluppo di un'ampia gamma di nuovi servizi gratuiti*», si occupa, nei successivi punti, dell'invio di *e-mail* commerciali non richieste dal destinatario.

In particolare, secondo il *Considerando* 30 «*L'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate può risultare inopportuno per i consumatori e per i fornitori di servizi della società dell'informazione e perturbare il buon funzionamento delle reti interattive. La questione del consenso dei destinatari di talune forme di comunicazione commerciale non sollecitata non è disciplinata dalla presente direttiva bensì, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE e dalla direttiva 97/66/CE. Negli Stati membri che autorizzano l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate dovrebbero essere incoraggiate e agevolate appropriate iniziative di filtraggio da parte delle imprese del settore. Inoltre, le comunicazioni commerciali non sollecitate devono in ogni caso essere chiaramente identificabili in quanto tali al fine di promuovere la trasparenza ed agevolare il funzionamento di tali iniziative. L'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate non dovrebbe dar luogo a costi supplementari di comunicazione per il destinatario*».

Il *Considerando* 31 aggiunge che «*Gli Stati membri che consentono l'invio per via elettronica, da parte di prestatori stabiliti nel loro territorio, di comunicazioni commerciali non sollecitate senza previo consenso del destinatario devono garantire che i prestatori consultino periodicamente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali*».

Ciò premesso, la Direttiva disciplina specificamente la comunicazione commerciale non sollecitata nel successivo art. 7. Il primo comma, in aggiunta agli altri obblighi posti dal diritto comunitario, prevede che *«gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché tali comunicazioni commerciali trasmesse da un prestatore stabilito nel loro territorio siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve»*. In ossequio del principio di trasparenza, l'identificabilità come tale, sin dal primo invio, del messaggio non sollecitato fa sì che il destinatario possa predisporre dei filtri che eliminino in maniera automatica la posta indesiderata ed evitare così che l'utente possa essere ingannato sulla natura pubblicitaria del messaggio.

Il secondo comma dello stesso articolo sancisce inoltre che *«Fatte salve la direttiva 97/7/CE e la direttiva 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali»*.

Riassumendo, i punti chiave del sistema illustrato dal legislatore comunitario sono:

- la chiara ed inequivocabile identificabilità della natura delle comunicazioni commerciali;
- la creazione di un sistema di registri negativi in cui possano iscriversi le persone fisiche contrarie alla ricezione di tali comunicazioni commerciali;
- la necessità di un comportamento attivo di iscrizione ai suddetti registri di chi non intendesse ricevere comunicazioni commerciali non sollecitate.

L'impostazione del legislatore comunitario non ha trovato seguito nell'ordinamento nazionale. Come anticipato infatti, il D.Lgs. n. 70/2003, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, all'art. 9 si discosta dalla disposizione comunitaria non prevedendo l'attivazione dei registri negativi. La mancata istituzione di tali liste si deve al parere sfavorevole reso dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali⁸. Il Garante ha infatti espresso perplessità circa l'istituzione, presso i propri uffici, di un simile registro, innanzi tutto perché basato su un modello, quello dell'*opt-out*, *«in contrasto con la scelta sia del legislatore italiano, sia di quello europeo che hanno adottato il sistema opposto (già in vigore in Italia da anni) che si fonda sulla raccolta del consenso preventivo dell'interessato»* e ancora *«Tale sistema basato sul cosiddetto "opt-in", già in vigore in cinque Paesi europei, è stato prescelto quest'anno come regola comune a livello comunitario ed è ora "obbligatorio" per i Paesi membri dell'Unione europea, a seguito della recente adozione della Direttiva 2002/58/CE sulle comunicazioni elettroniche (che sostituisce la 97/66/CE). Solo in sede di recepimento di questa direttiva - ha sottolineato il Garante - potranno prevedersi disposizioni più articolate, mentre lo schema attuale di decreto legislativo sul commercio elettronico potrebbe, al massimo, rinviare alle disposizioni nazionali sulla privacy»*.

Si pone inoltre, sempre secondo il Garante, un problema di "eccesso di delega": *«Infatti, sia in base all'espressa disposizione della direttiva europea sul commercio elettronico, sia in base ai riferimenti contenuti nella legge delega, il legislatore italiano non ha "competenza" ad introdurre disposizioni che incidano sul trattamento dei dati personali nell'ambito della disciplina riguardante il commercio elettronico»*.

Oltre le contraddizioni normative, il Garante espone infine problemi pratici di realizzazione dei registri in oggetto: *«Difficoltà di aggiornamento, praticamente quotidiano, e di consultazione imporrebbero ingenti oneri finanziari,*

⁸Garante per la protezione dei dati personali, *Newsletter* 28 ottobre - 3 novembre 2002: *e-commerce*, niente registri inutili.

sia sotto il profilo delle spese da sostenere per la gestione del sistema, sia per le risorse umane da dedicare al suo funzionamento, tali da renderlo da subito del tutto ingestibile»⁹.

2.2.3 La Direttiva 2002/58/CE

La Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁰ (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) ha sostituito la precedente direttiva 97/66/CE del 15 dicembre 1997. Con tale provvedimento, il legislatore europeo ha voluto introdurre una nuova regolamentazione al passo con la moderna struttura del mercato che, grazie all'avvento di Internet, gode oggi di un'infrastruttura mondiale comune per la fornitura di un'ampia serie di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, servizi che, da un lato, aprono nuove possibilità agli utenti, ma dall'altro rappresentano nuovi pericoli per i loro dati personali e la loro vita privata¹¹.

La Direttiva in oggetto dedica alla problematica delle comunicazioni commerciali non sollecitate ben quattro *Considerando*, nei quali si legge quanto segue: *«Occorre prevedere misure per tutelare gli abbonati da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in particolare mediante dispositivi automatici di chiamata, telefax o posta elettronica, compresi i messaggi SMS. Tali forme di comunicazioni commerciali indesiderate possono da un lato essere relati-*

⁹[Tosi], pp. 67-69.

¹⁰La Direttiva 2002/58/CE fa parte del cosiddetto *Pacchetto Telecom*, un insieme di disposizioni che regolano il settore delle telecomunicazioni in ambito comunitario che comprende altre quattro direttive che disciplinano rispettivamente: il quadro generale (Direttiva 2002/21/CE), l'accesso e l'interconnessione (Direttiva 2002/197CE), le autorizzazioni e le licenze (Direttiva 2002/20/CE), il servizio universale (Direttiva 2002/22/CE). Tali direttive sono state attuate nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259 recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

¹¹Direttiva 2002/58/CE, *Considerando* n. 6.

vamente facili ed economiche da inviare e dall'altro imporre un onere e/o un costo al destinatario. Inoltre, in taluni casi il loro volume può causare difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali. Per tali forme di comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta è giustificato prevedere che le relative chiamate possano essere inviate ai destinatari solo previo consenso esplicito di questi ultimi. Il mercato unico prevede un approccio armonizzato per garantire norme semplici a livello comunitario per le aziende e gli utenti» (Considerando n. 40).

«Nel contesto di una relazione di clientela già esistente è ragionevole consentire l'uso delle coordinate elettroniche per offrire prodotti o servizi analoghi, ma unicamente da parte della medesima società che ha ottenuto le coordinate elettroniche a norma della direttiva 95/46/CE. Allorché tali coordinate sono ottenute, il cliente dovrebbe essere informato sul loro uso successivo a scopi di commercializzazione diretta in maniera chiara e distinta, ed avere la possibilità di rifiutare tale uso. Tale opportunità dovrebbe continuare ad essere offerta gratuitamente per ogni successivo messaggio a scopi di commercializzazione diretta, ad eccezione degli eventuali costi relativi alla trasmissione del suo rifiuto» (Considerando n. 41).

«Altre forme di commercializzazione diretta che siano più onerose per il mittente e non impongano costi finanziari per gli abbonati e gli utenti, quali chiamate telefoniche vocali interpersonali, possono giustificare il mantenimento di un sistema che dà agli abbonati o agli utenti la possibilità di indicare che non desiderano ricevere siffatte chiamate. Ciò nondimeno, al fine di non ridurre i livelli di tutela della vita privata esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati a mantenere sistemi nazionali che autorizzano tali chiamate unicamente destinate agli abbonati e agli utenti che hanno fornito il loro consenso preliminare» (Considerando n. 42).

«Al fine di facilitare l'attuazione efficace delle norme comunitarie in materia di messaggi indesiderati a scopi di commercializzazione diretta, occorre proibire l'uso di false identità o falsi indirizzi o numeri di risposta allorché

sono inviati messaggi indesiderati a scopi di commercializzazione diretta» (Considerando n. 43).

Sulla base di tali premesse, l'art. 13 della Direttiva 2002/58/CE detta dunque una disciplina specifica delle comunicazioni indesiderate, in luogo di quella già contenuta, come visto, nell'abrogata Direttiva 97/66/CE attuata in Italia con il D.Lgs. 171/1998.

L'art. 13 stabilisce in primo luogo che *«L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso»*. La norma, oltre ad inserire esplicitamente l'indirizzo *e-mail* tra i mezzi atti all'invio di comunicazioni commerciali, accoglie il modello dell'*opt-in* rendendo pertanto necessario il consenso preventivo dell'utente ai fini dell'invio di dette comunicazioni.

In parziale deroga al regime dell'*opt-in*, il secondo comma dell'art. 13 prevede che *«Fatto salvo il paragrafo 1, allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai suoi clienti le coordinate elettroniche per la posta elettronica nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi della direttiva 95/46/CE, la medesima persona fisica o giuridica può utilizzare tali coordinate elettroniche a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi, a condizione che ai clienti sia offerta in modo chiaro e distinto al momento della raccolta delle coordinate elettroniche e ad ogni messaggio la possibilità di opporsi, gratuitamente e in maniera agevole, all'uso di tali coordinate elettroniche qualora il cliente non abbia rifiutato inizialmente tale uso»*. In sostanza, il divieto di inviare comunicazioni commerciali a soggetti che non hanno espresso il proprio consenso non è assoluto - purché l'invio dei messaggi pubblicitari avvenga nel contesto descritto dal comma 2 - ed è inoltre riconosciuto al destinatario un diritto di opposizione alla ricezione di ulteriori comunicazioni, azionabile in qualsiasi momento.

Il comma 3 affida agli Stati membri l'adozione di *«misure appropriate*

*per garantire che, gratuitamente, le comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in casi diversi da quelli di cui ai paragrafi 1 e 2, non siano permesse se manca il consenso degli abbonati interessati oppure se gli abbonati esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate; la scelta tra queste due possibilità è effettuata dalla normativa nazionale». Il legislatore comunitario lascia, in questo caso, la scelta tra *opt-in* e *opt-out* ai singoli ordinamenti nazionali.*

In ossequio al più volte citato principio di trasparenza, il comma 4 del provvedimento vieta in ogni caso *«la prassi di inviare messaggi di posta elettronica a scopi di commercializzazione diretta camuffando o celando l'identità del mittente da parte del quale la comunicazione è effettuata, o senza fornire un indirizzo valido cui il destinatario possa inviare una richiesta di cessazione di tali comunicazioni».*

Il comma 5 definisce infine l'ambito soggettivo di applicazione della norma sancendo che *«Le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 3 si applicano agli abbonati che siano persone fisiche. Gli Stati membri garantiscono inoltre, nel quadro del diritto comunitario e della normativa nazionale applicabile, un'adeguata tutela degli interessi legittimi degli abbonati che non siano persone fisiche relativamente alle comunicazioni indesiderate»*¹².

Dal punto di vista oggettivo, l'art. 13, come del resto tutta la disciplina prevista della Direttiva 2000/58/CE, si riferisce esclusivamente all'invio di comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta. Non potrà pertanto essere applicata all'invio di comunicazioni indesiderate che abbiano un fine diverso, quale, ad esempio, la propaganda politica o il proselitismo religioso.

¹²[Finocchiaro], pp. 71-73.

2.3 Il Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206)

Il Codice del consumo, emanato con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, costituisce l'attuazione della delega conferita al Governo con la legge 29 luglio 2003, n. 229, recante interventi urgenti in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e semplificazione - legge di semplificazione per il 2001. In particolare, l'articolo 7 della legge n. 229 del 2003 ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.

Nella relazione accompagnatoria al decreto si legge che *«Obiettivo prioritario del lavoro di redazione del codice è stato quello di riorganizzare in ordine sistematico le numerose leggi a tutela del consumatore, intervenute in un lungo lasso temporale. Tale preoccupazione è stata dettata dall'esigenza di dare una risposta al comune disagio provocato da una produzione normativa spesso torrentizia e poco ordinata. [...] In questo lavoro di aggregazione si è puntualmente ripresa la disciplina vigente, ripetendo (nella maggior parte dei casi) le norme nella loro originaria formulazione. Le modifiche introdotte sono rigorosamente limitate a quelle rese necessarie da effettive esigenze di coordinamento, ovvero di aggiornamento rispetto a normative o problematiche sopravvenute»*.

Gli articoli da 50 a 61 riproducono, sostanzialmente, le norme del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 relativo alla contrattazione a distanza. Di nostro interesse sono in particolare gli artt. 52 e 58 recanti, rispettivamente, la disciplina concernente le informazioni per il consumatore e i limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza.

2.3.1 Informazioni per il consumatore

L'art. 52 riproduce, con alcune modifiche, il testo dell'art. 3 del D.Lgs. 185/1999. Tale norma, come già illustrato¹³, deve essere coordinata con l'art. 8 del D.Lgs. 70/2003, recante la disciplina relativa agli obblighi di informazione per la comunicazione commerciale. Il primo comma¹⁴ dell'articolo 52 fornisce una elencazione ampia e dettagliata delle informazioni relative a tutti gli aspetti essenziali del contratto a distanza che il professionista è tenuto a comunicare al consumatore prima che lo stesso contratto sia concluso, ciò al fine di compensare l'asimmetria informativa, di per sé esistente tra le due categorie di soggetti, e accentuata in questo caso dall'uso delle tecniche di comunicazione a distanza.

Ai sensi del comma 2, tali informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile e il loro scopo commerciale deve essere inequivocabile. Il legislatore lascia poi al professionista la scelta dello strumento mediante il quale fornire l'informativa, purché esso risulti adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata e sempre nel rispetto dei principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori appartenenti alle categorie più vulnerabili.

Rispetto all'art. 3 del D.Lgs. 185/1999, ai commi 3 e 5 dell'art. 52 è stato aggiunto il riferimento alla normativa sul commercio elettronico.

¹³Al riguardo, si veda il paragrafo 1.3.2 del presente lavoro.

¹⁴Art. 52, comma 1, Codice del Consumo: «*In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte; d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2; g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica*».

Ai sensi del comma 3 *«In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo della posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'articolo 9 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70»*. Lo specifico richiamo all'art. 9 del D.Lgs. 70/2003 relativo alle comunicazioni commerciali non sollecitate, implica l'adozione, anche nell'ambito della contrattazione a distanza, della tecnica dell'*opt-out* nel caso in cui il messaggio a scopo commerciale venga trasmesso tramite posta elettronica.

Il comma 5 sancisce infine che *«In caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vanno integrati con le informazioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70»* che a sua volta disciplina le informazioni dirette alla conclusione del contratto.

2.3.2 Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza

L'art. 58 traspone pedissequamente, nell'ambito del Codice del Consumo, l'art. 10 del D.Lgs. 185/1999. La norma ha quale obiettivo la tutela della *privacy* del consumatore limitando l'utilizzo, da parte del professionista, di due gruppi di comunicazioni a distanza, le quali sono diversamente disciplinate rispettivamente ai commi 1 e 2.

Il primo comma adotta infatti il sistema dell'*opt-in*, richiedendo il consenso preventivo del consumatore nel caso in cui il professionista effettui la comunicazione tramite telefono, posta elettronica, sistemi automatizzati senza l'intervento di un operatore e fax.

Diversamente, il comma 2 prevede che *«Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal professionista se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario»*, accogliendo pertanto il principio dell'*opt-out*.

La disposizione soffre di limiti per ciò che attiene l'ambito di applicazione. Essendo infatti inserita nel contesto dei contratti a distanza, la portata applicativa della norma è limitata alla fase contrattuale e precontrattuale dei rapporti di consumo. La previsione non può dunque essere applicata a qualsiasi mittente e destinatario di comunicazioni commerciali indesiderate, ma solo nei confronti di quei soggetti che assumono la qualifica rispettivamente di "professionista" e di "consumatore"¹⁵.

2.4 Il Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)

La Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 costituisce il testo di riferimento, a livello europeo, in materia di protezione dei dati personali. Essa definisce un quadro normativo volto a stabilire un equilibrio fra un livello elevato di tutela della vita privata delle persone e la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione europea. Si applica a qualsiasi trattamento di dati personali rientrante nel suo ambito di applicazione, prescindendo dai mezzi tecnici utilizzati, Internet compresa.

L'ordinamento italiano ha recepito tale direttiva con la Legge n. 675/1996 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*), un testo normativo la cui stesura è stata per così dire "frettolosa" a causa delle stringenti scadenze di recepimento che, se non rispettate, avrebbero determinato l'uscita dell'Italia dagli accordi di Shengen. Ad essa sono seguiti, nel corso degli anni, ben nove interventi normativi nazionali e un importante intervento a livello comunitario costituito dalla Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁶. Tale provvedimento approfondisce ed integra la Direttiva generale 95/46/CE e sostituisce la pre-

¹⁵[Scorza], pp. 58-61.

¹⁶[Gambino], p. 24.

cedente Direttiva 97/66/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni. A sua volta, la Direttiva 2002/58/CE è stata recepita all'interno del nostro ordinamento col D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il *Codice in materia di protezione dei dati personali* (*Codice della Privacy*), che abroga la precedente Legge n. 675/1996. In particolare, il Titolo X del Codice amplia la portata della disciplina previgente estendendola dal settore delle telecomunicazioni a quello più generale delle comunicazioni elettroniche, comprensivo di tutte le nuove tecnologie dell'informazione, seguendo un approccio normativo definibile "tecnologicamente neutro", impostazione questa che rende la disciplina adattabile alle continue evoluzioni tecnologiche che caratterizzano il settore delle comunicazioni elettroniche¹⁷.

Il diritto alla *privacy* si estrinseca in primo luogo nel diritto di ciascun individuo di scegliere quali informazioni che lo riguardano sia disposto a rivelare agli altri, sotto questo profilo è pertanto necessario rivolgere l'attenzione al principio generale del consenso dell'interessato, ossia il soggetto titolare dei dati. Al Capo III del Titolo III, il Codice della Privacy prevede le regole generali per i trattamenti svolti da tutti i soggetti privati ed enti pubblici economici¹⁸, disciplinando l'obbligo del consenso e le relative deroghe rispettivamente agli artt. 23 e 24. Il legislatore ha inoltre tenuto conto delle peculiarità connesse al trattamento dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni indesiderate dettando, all'art. 130, una specifica disciplina applicabile esclusivamente ad ipotesi particolari.

2.4.1 Consenso

Il Codice della Privacy non dà una espressa definizione di consenso, solo il Garante per la protezione dei dati personali, nella pronuncia del 28 maggio

¹⁷[Marcelli], pp. 726-727.

¹⁸Specularmente a quanto previsto nel Capo II, rispetto al trattamento dei dati personali effettuato dai soggetti pubblici.

1997, lo definisce come una «manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa» ossia «l'espressione del potere, accordato dalla norma ad un soggetto (interessato), di permettere ad altri (titolari del trattamento) di utilizzare - per un certo periodo di tempo e secondo finalità preliminarmente precisate - i dati personali che gli si riferiscono»¹⁹. Non esiste, tuttavia, un orientamento unanime circa la natura giuridica del consenso nell'ambito delle operazioni di trattamento dei dati personali, senza voler entrare, in tale sede, nel merito del dibattito dottrinale, basti ricordare che due sono le tesi prospettate dalla dottrina:

- una *negoziale*: qualifica il consenso come atto di disposizione, cioè come negozio giuridico produttivo del trasferimento, della modificazione o dell'estinzione di una preesistente situazione giuridica di natura patrimoniale con effetto immediato o differito. Tale orientamento attribuisce alle informazioni personali natura di bene e quindi valore economico;
- l'altra *autorizzatoria*: il consenso è un atto unilaterale di natura non negoziale volto a permettere le operazioni di trattamento dei dati personali dell'interessato che, in assenza di autorizzazione, sarebbero illecite²⁰.

Secondo il primo comma dell'articolo 23 del Codice della Privacy «*Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato*». Il consenso pare dunque essere l'atto legittimante l'utilizzo dei dati dell'interessato da parte di privati o enti pubblici economici, esso costituisce il principale elemento in base al quale distinguere un trattamento lecito da uno illecito.

Dal punto di vista oggettivo, il comma 2 dell'art. 23 prevede che «*Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello*

¹⁹[Zucchetti], pp. 368-369.

²⁰Per un approfondimento della tematica si veda [Panetta], pp. 1021-1030.

stesso». La norma conferisce all'interessato la possibilità di scegliere quali operazioni, tra quelle che costituiscono il trattamento²¹, intende autorizzare.

Il consenso di cui all'art. 23 non è puro e semplice, il comma 3 prevede che questo «è *validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13*». Si è di fronte ad un “consenso qualificato” la cui validità richiede il rispetto di specifici requisiti. Questo deve essere:

- *espresso*: deve essere esplicito e manifestato inequivocabilmente, non può desumersi né da comportamenti concludenti né dalla mera tolleranza e non è ammesso il silenzio assenso;
- *libero*: il processo decisionale non deve essere inficiato da vizi della volontà né essere soggetto anche solo a pressioni, forzature e situazioni di disagio e debolezza contrattuale;
- *specifico*: non può essere prestato in modo generico, è necessario che il soggetto che esegue il trattamento, le operazioni che costituiscono il trattamento e le finalità delle medesime siano chiaramente identificati;
- *documentato*: il consenso al trattamento dei “dati comuni” può essere manifestato in qualsiasi forma, anche orale, la documentazione per iscritto (che comprova l'avvenuta prestazione del consenso) può essere anche successiva alla manifestazione di volontà, ma è comunque necessaria ai fini della validità del consenso;
- *informato*: l'assenso al trattamento presuppone che l'interessato sia adeguatamente informato, la mancanza o la carenza delle informazioni

²¹Secondo l'art. 4, comma 1, lettera a) del Codice della Privacy, "*trattamento*" è qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati.

previste dall'art. 13 dello stesso Codice²², qui richiamate, sono causa di invalidità del consenso.

L'art. 4, comma 1, lettera d) del Codice definisce come “dati sensibili” i *«dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o*

²²Art. 13, “Informativa”: «1. L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi; e) i diritti di cui all'articolo 7; f) gli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 5 e del responsabile. Quando il titolare ha designato più responsabili è indicato almeno uno di essi, indicando il sito della rete di comunicazione o le modalità attraverso le quali è conoscibile in modo agevole l'elenco aggiornato dei responsabili. Quando è stato designato un responsabile per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, è indicato tale responsabile. 2. L'informativa di cui al comma 1 contiene anche gli elementi previsti da specifiche disposizioni del presente codice e può non comprendere gli elementi già noti alla persona che fornisce i dati o la cui conoscenza può ostacolare in concreto l'espletamento, da parte di un soggetto pubblico, di funzioni ispettive o di controllo svolte per finalità di difesa o sicurezza dello Stato oppure di prevenzione, accertamento o repressione di reati. 3. Il Garante può individuare con proprio provvedimento modalità semplificate per l'informativa fornita in particolare da servizi telefonici di assistenza e informazione al pubblico. 4. Se i dati personali non sono raccolti presso l'interessato, l'informativa di cui al comma 1, comprensiva delle categorie di dati trattati, è data al medesimo interessato all'atto della registrazione dei dati o, quando è prevista la loro comunicazione, non oltre la prima comunicazione. 5. La disposizione di cui al comma 4 non si applica quando: a) i dati sono trattati in base ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria; b) i dati sono trattati ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento; c) l'informativa all'interessato comporta un impiego di mezzi che il Garante, prescrivendo eventuali misure appropriate, dichiara manifestamente sproporzionati rispetto al diritto tutelato, ovvero si riveli, a giudizio del Garante, impossibile. 5-bis. L'informativa di cui al comma 1 non è dovuta in caso di ricezione di curricula spontaneamente trasmessi dagli interessati ai fini dell'eventuale instaurazione di un rapporto di lavoro. Al momento del primo contatto successivo all'invio del curriculum, il titolare è tenuto a fornire all'interessato, anche oralmente, una informativa breve contenente almeno gli elementi di cui al comma 1, lettere a), d) ed f)»

sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Per il trattamento di tali dati, l'art. 23, comma 4 richiede che la stessa manifestazione del consenso sia espressa, *ad substantiam*, in forma scritta.

La disciplina del consenso nulla dispone in merito alla revoca. Anche nel silenzio della normativa, deve comunque ritenersi, in virtù della natura personale dei dati oggetto di trattamento, ammesso l'esercizio di tale facoltà da parte dell'interessato. Di difficile inquadramento resta però la ricostruzione della disciplina e dell'ambito di applicazione dell'istituto, argomento che non verrà qui trattato²³.

2.4.2 Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso

L'art. 24 individua, tramite una elencazione tassativa di fattispecie specifiche, i trattamenti di dati per i quali non è richiesto il consenso. La previgente normativa sul trattamento dei dati personali disciplinava le cause di esclusione dal consenso operando una distinzione in relazione alle operazioni di mero *trattamento* (art. 12, Legge n. 675/1996) e a quelle di *comunicazione*²⁴ e *diffusione*²⁵ dei dati (art. 20, Legge n. 675/1996). Nell'art. 24 tali disposizioni sono state riunite, in virtù della sostanziale omogeneità della disciplina avutasi a seguito dei diversi interventi integrativi della Legge n. 675/1996, eliminando alcune duplicazioni e apportando alcune semplificazioni e specifici riordini sistematici. La norma, nella sua formulazione attuale, fa salve le specificità riconosciute, in taluni casi, per la comunicazione e la diffusione

²³[Monducci], pp. 81-88.

²⁴L'art. 4, comma 1, lettera l) del Codice della Privacy definisce "*comunicazione*": il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

²⁵L'art. 4, comma 1, lettera m) del Codice della Privacy definisce "*diffusione*": il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

dei dati (lettere *c*, *f* e *g*). Nella prima parte è inoltre fatto espresso richiamo ai casi di esclusione previsti nella Parte II del Codice, recante le «Disposizioni relative a specifici settori» che disciplinano le operazioni di trattamento svolte in particolari ambiti quali, ad esempio, quelli giudiziario e sanitario.

Nei casi previsti dall'art. 24, pur non essendo richiesto il consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati, permane comunque l'obbligo di informativa a carico del titolare²⁶ del trattamento. La norma in esame trova inoltre applicazione esclusivamente nel caso in cui oggetto del trattamento siano “dati comuni”, il trattamento di “dati sensibili” presuppone infatti il consenso dell'interessato²⁷, pur in presenza di operazioni rientranti nell'elenco di cui all'art. 24²⁸.

Le deroghe alla regola generale del consenso possono essere classificate in base a diversi criteri. In relazione alle finalità del trattamento, il consenso non è richiesto quando questo:

- a) *è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria;*
- e) *è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal*

²⁶L'art. 4, comma 1, lettera f) del Codice della Privacy definisce “titolare”: la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza.

²⁷Il primo comma dell'art. 26 del Codice (*Garanzie per i dati sensibili*) stabilisce che «I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti».

²⁸[Zucchetti], pp. 388-389.

responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2;

- g) con esclusione della diffusione, è necessario, nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato;*
- i) è necessario, in conformità ai rispettivi codici di deontologia di cui all'allegato A), per esclusivi scopi scientifici o statistici, ovvero per esclusivi scopi storici presso archivi privati dichiarati di notevole interesse storico ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, di approvazione del testo unico in materia di beni culturali e ambientali o, secondo quanto previsto dai medesimi codici, presso altri archivi privati.*

In base alle alle fonti di provenienza, quando il trattamento:

- c) riguarda dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati.*

Infine, in funzione alle attività all'interno delle quali i dati vengono trattati, il consenso non è necessario quando il trattamento:

- b) è necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato;*
- d) riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche, trattati nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale;*

- f) *con esclusione della diffusione, è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale;*
- h) *con esclusione della comunicazione all'esterno e della diffusione, è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, in riferimento a soggetti che hanno con essi contatti regolari o ad aderenti, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, e con modalità di utilizzo previste espressamente con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'articolo 13.*

Il Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70²⁹, convertito, con modificazioni, dalla Legge 12 luglio 2011, n. 106, al fine di dare una corretta attuazione alla disciplina dell'Unione europea, ha introdotto diverse modificazioni al Codice della Privacy. Tali modificazioni hanno riguardato anche l'art. 24, che nella sua attuale formulazione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. a), numero 3) del decreto summenzionato, prevede due ulteriori punti che sanciscono l'esclusione dell'obbligo del consenso quando il trattamento:

- i-bis) *riguarda dati contenuti nei curricula, nei casi di cui all'articolo 13, comma 5-bis;*
- i-ter) *con esclusione della diffusione e fatto salvo quanto previsto dall'articolo 130 del presente codice, riguarda la comunicazione di dati tra società, enti o associazioni con società controllanti, controllate o collegate ai*

²⁹Si tratta del c.d. *Decreto Sviluppo*, mediante il quale il legislatore ha voluto realizzare una serie di misure finalizzate allo sviluppo e al rilancio dell'economia.

sensi dell'articolo 2359 del codice civile ovvero con società sottoposte a comune controllo, nonché tra consorzi, reti di imprese e raggruppamenti e associazioni temporanei di imprese con i soggetti ad essi aderenti, per le finalità amministrativo contabili, come definite all'articolo 34, comma 1-ter, e purché queste finalità siano previste espressamente con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa di cui all'articolo 13.

2.4.3 Comunicazioni indesiderate

L'articolo 130 del Codice della Privacy detta i principi e le regole da seguire per il lecito svolgimento di campagne pubblicitarie e promozionali. Esso si occupa in particolare delle “comunicazioni indesiderate”, disciplinando la fattispecie sulla base di quanto a suo tempo disposto dall'art. 10 del D.Lgs. n. 171/1998 e dando attuazione al principio dell'*opt-in*, codificato dall'art. 13 della Direttiva n. 2002/58/CE.

Secondo il comma 1 dell'articolo in commento *«L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso dell'interessato»*. Già nella sua prima formulazione³⁰, l'art. 130 estende espressamente (al comma 2) la regola del consenso preventivo *«anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo»*. L'uso della dizione “comunicazione” in luogo del termine “chiamate” amplia la portata applicativa della norma, rispetto alle altre disposizioni surrichiamate, inoltre, il comma 2, nel prevedere un elenco puramente esemplificativo di comunicazioni elettroniche e nell'uso della formula di chiusura “o di altro tipo”, conferisce alla norma una

³⁰Per l'esame delle modifiche apportate all'articolo in oggetto si veda il capitolo 3, paragrafo 3.2 del presente lavoro.

natura “aperta”, confacente all’approccio “tecnologicamente neutro” seguito dall’intero Codice, che permette così di accogliere nel suo ambito applicativo qualunque eventuale futura nuova tecnica di comunicazione.

La disposizione si fonda sulla circostanza che l’indirizzo di posta elettronica è da considerarsi a tutti gli effetti un dato personale e, in quanto tale, oggetto di tutela ai sensi della normativa sulla protezione dei dati personali³¹. Questa soffre tuttavia di un limite d’applicazione che si ricollega direttamente al *principio di stabilimento* recepito dal Codice della Privacy³², in virtù del quale ai messaggi provenienti dall’estero non è applicabile la normativa italiana sulla protezione dei dati personali. Resta comunque la possibilità per l’utente di chiedere tutela rispetto alla comunicazione indesiderata, direttamente all’autorità competente del Paese dal quale il messaggio è stato inoltrato, ammesso che la fattispecie sia ivi considerata illecita in base alla relativa normativa nazionale.

Ai sensi del comma 3 dell’articolo in esame, le attività di *marketing* diretto effettuate con mezzi diversi da quelli indicati ai commi 1 e 2 «*sono consentite ai sensi degli articoli 23 e 24*», ossia nel rispetto del principio generale del consenso preventivo e sue relative eccezioni. Tale scelta è stata operata in considerazione della minore capacità intrusiva e lesiva di tali tecniche di comunicazione - quali la posta cartacea o le telefonate effettua-

³¹[Imperiali], p. 708.

³²Art. 5, “Oggetto ed ambito di applicazione”: «1. Il presente codice disciplina il trattamento di dati personali, anche detenuti all’estero, effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato. 2. Il presente codice si applica anche al trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all’Unione europea e impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell’Unione europea. In caso di applicazione del presente codice, il titolare del trattamento designa un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato ai fini dell’applicazione della disciplina sul trattamento dei dati personali. 3. Il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all’applicazione del presente codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione. Si applicano in ogni caso le disposizioni in tema di responsabilità e di sicurezza dei dati di cui agli articoli 15 e 31».

te da un operatore - rispetto ai sistemi automatizzati. Il maggior livello di tollerabilità si connette non tanto alle caratteristiche tecniche di tali sistemi di comunicazione, quanto piuttosto all'onerosità del loro utilizzo, che ricade principalmente sul mittente e che ne determina, di conseguenza, un minor impiego³³.

La norma prosegue disciplinando il cosiddetto “*soft spam*”, una forma particolare di comunicazione commerciale che si realizza nell’ambito di una relazione di clientela già esistente. Il comma 4 prevede infatti che «*Fatto salvo quanto previsto nel comma 1, se il titolare del trattamento utilizza, a fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, le coordinate di posta elettronica fornite dall’interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, può non richiedere il consenso dell’interessato, sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e l’interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni. L’interessato, al momento della raccolta e in occasione dell’invio di ogni comunicazione effettuata per le finalità di cui al presente comma, è informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente*». La fattispecie in esame prevede dunque il concorso dei due sistemi di *opt-in* e *opt-out*. Al momento dell’instaurazione del rapporto sarà pertanto necessario il consenso preventivo dell’interessato al trattamento dei suoi dati personali per l’invio di comunicazioni commerciali (*opt-in*), nella fase successiva invece tale obbligo viene meno e l’interessato può in ogni momento decidere di opporsi al trattamento (*opt-out*). Perché la deroga alla regola generale del consenso possa operare è necessario però il rispetto di determinate condizioni di legittimità, ossia:

- che la comunicazione riguardi prodotti e/o servizi analoghi a quelli oggetto della prima vendita;

³³[Cassano], p. 598-600.

- che l'interessato riceva un'adeguata informativa circa i possibili usi successivi dei suoi dati a scopo di *marketing* diretto;
- che l'interessato non rifiuti, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni, l'uso delle sue coordinate di posta di posta elettronica per tali fini.

Pare opportuno tuttavia segnalare che la formulazione della norma dà adito a diversi dubbi interpretativi. In primo luogo non risulta chiaro se l'espressione “prodotti o servizi analoghi” faccia riferimento al genere-categoria del prodotto o servizio offerto, oppure al bisogno cui lo stesso prodotto/servizio è chiamato a soddisfare. Non è chiaro altresì secondo quali modalità l'informativa rivolta al cliente possa ritenersi fornita “adeguatamente”. Ancora non è possibile stabilire quale sia il limite temporale di conservazione dei dati personali dell'interessato la cui raccolta e trattamento si connettono a campagne promozionali dell'azienda non certe ma solo eventuali. Infine, il legislatore nazionale è incorso in un errore di trasposizione in sede di recepimento della disciplina comunitaria, sostituendo la generale espressione “coordinate elettroniche” contenuta nell'art. 13 della Direttiva n. 2002/58/CE con quella più specifica di “coordinate di posta elettronica”. Una interpretazione restrittiva della norma limita la portata applicativa della stessa al solo indirizzo *e-mail*, escludendo pertanto dalla deroga al consenso preventivo l'uso di altri mezzi di comunicazione quali SMS, MMS e FAX³⁴.

Il comma 5 dell'art. 130 vieta in ogni caso *«l'invio di comunicazioni per le finalità di cui al comma 1 o, comunque, a scopo promozionale, effettuato camuffando o celando l'identità del mittente o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui all'articolo 7»*. La fattispecie descritta è sicuramente la forma più frequente e dannosa di *spamming*, nascondere o alterare l'identità del mittente rende difficile poter individuare il soggetto responsabile della condotta illecita, inoltre fornire un

³⁴[Zucchetti], p. 1650-1651.

indirizzo fittizio o non completo cui inoltrare le proprie rimostranze impedisce all'interessato di esercitare i propri diritti di accesso, rettifica e cancellazione dei dati, garantiti dall'art. 7 del Codice³⁵.

L'ultimo comma dell'articolo in commento prevede infine che *«In caso di reiterata violazione delle disposizioni di cui al presente articolo il Garante può, provvedendo ai sensi dell'articolo 143, comma 1, lettera b), altresì prescrivere a fornitori di servizi di comunicazione elettronica di adottare procedure di filtraggio o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono stati inviate le comunicazioni»*. In particolare, l'art. 143, comma 1, lettera b) conferisce al Garante la facoltà di *«prescrivere al titolare le misure opportune o necessarie per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti»*. L'intervento del Garante previsto dalla norma, nell'ambito del procedimento attivato dal reclamo, va a sommarsi alle sanzioni applicabili ai casi di violazione delle disposizioni contenute nell'art. 130³⁶.

2.5 Il Garante per la protezione dei dati personali

Il Garante per la protezione dei dati personali è un'autorità amministrativa indipendente istituita dalla legge sulla *privacy* (dapprima Legge 31 dicembre 1996 n. 675, ora D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196) al fine di assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ed il rispetto della dignità nel trattamento dei dati personali. Si tratta di un organo collegiale, composto da quattro membri eletti dal Parlamento, che rimangono in carica per un mandato di sette anni non rinnovabile, i cui compiti sono definiti dal Codice in materia di protezione dei dati personali e da altre fonti normative nazionali e comunitarie.

³⁵[Panetta], pp. 1606-1607.

³⁶[Marcelli], p. 786.

Il Garante interviene in tutti i settori, pubblici e privati, nei quali occorre assicurare il corretto trattamento dei dati e il rispetto dei diritti fondamentali delle persone, in particolare: banche e assicurazioni, giornalismo, giustizia e polizia, Internet, imprese, lavoro, *marketing*, nuove tecnologie, ordini professionali, partiti, pubblica amministrazione, sanità, società, scuola, telecomunicazioni³⁷.

Per quanto concerne il trattamento dei dati personali per finalità commerciali o di *marketing* in senso lato, il Garante è intervenuto numerose volte tramite l’emanazione di specifici provvedimenti volti a fissare regole, limiti e condizioni di liceità di tale particolare tipo di trattamento.

2.5.1 Provvedimento generale del 29 maggio 2003

Il 29 maggio 2003 il l’Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha provveduto all’emanazione di un provvedimento di carattere generale dal titolo «*Spamming. Regole per un corretto invio delle e-mail pubblicitarie*»³⁸. Tale provvedimento, pur non avendo un carattere normativo, assume comunque notevole rilevanza al fine dell’interpretazione della disciplina relativa al fenomeno delle comunicazioni indesiderate, sebbene emanato nella vigenza della precedente normativa.

Come si legge dallo stesso provvedimento, l’iniziativa del Garante muove dalla ricezione di «*diverse centinaia di reclami e segnalazioni da parte di utenti di reti telematiche e di associazioni per la tutela dei diritti di utenti e consumatori, che contestano la ricezione di messaggi di posta elettronica per scopi promozionali, pubblicitari, di informazione commerciale o di vendita diretta, inviati senza che gli interessati abbiano manifestato in precedenza il proprio consenso informato. Numerosi interessati espongono anche ulteriori disagi derivanti dalla costante ripetizione di analoghi messaggi da parte di uno stesso mittente titolare del trattamento, dai vani tentativi esperiti per*

³⁷Sito ufficiale del Garante (www.garanteprivacy.it).

³⁸Consultabile presso il sito Internet del Garante (www.garanteprivacy.it).

ottenere sia la cancellazione del proprio indirizzo di posta elettronica presso i mittenti, sia l'interruzione di altri messaggi. Altre segnalazioni riguardano gli inconvenienti che derivano dalla ricezione di e-mail anonime o prive dell'indicazione di un indirizzo, oppure delle coordinate veritiere di un reale mittente. Nella prevalenza dei casi, agli interessati non è stato previamente richiesto, come dovuto, uno specifico consenso preceduto da un'idonea informativa che illustri adeguatamente le modalità e le caratteristiche dei messaggi. In altri casi i messaggi sono inviati da imprese - anche in questo caso senza consenso - per promuovere, presso clienti, prodotti o servizi analoghi a quelli forniti in un rapporto contrattuale, oppure per offrire altri tipi di prodotti o servizi distribuiti anche da terzi».

Vista la gravità delle problematiche riscontrate, il Garante ha deciso, tramite il provvedimento in oggetto, di provvedere a *«indicare le misure che gli operatori del settore devono adottare al fine di conformarsi alla disciplina generale sull'uso dei dati personali, specie nel settore delle comunicazioni».*

Secondo l'Autorità, l'indirizzo di posta elettronica costituisce a tutti gli effetti un dato personale e, in quanto tale, deve essere trattato nel rispetto della disciplina in materia. Il Garante fa esplicitamente suo il principio dell'*opt-in* sancendo che l'utilizzo dell'indirizzo di posta elettronica ai fini di *marketing* è consentito solo con il consenso del soggetto cui fa riferimento, consenso che deve essere documentato per iscritto, manifestato liberamente, in modo esplicito e in forma differenziata rispetto alle diverse finalità e alle categorie di servizi e prodotti offerti, prima dell'inoltro dei messaggi.

Il preventivo consenso è richiesto anche quando *«gli indirizzi sono formati ed utilizzati automaticamente con un software senza l'intervento di un operatore, o in mancanza di una previa verifica della loro attuale attivazione o dell'identità del destinatario del messaggio, e anche quando gli indirizzi non sono registrati dopo l'invio dei messaggi».*

La facilità mediante la quale è possibile reperire in Internet i dati dei singoli utenti non rende lecito il loro libero utilizzo per l'invio di messaggi

pubblicitari, idem dicasi per gli indirizzi *e-mail* compresi nella lista “anagrafica” degli abbonati ad un Internet *provider*, o pubblicati su siti *web* di soggetti pubblici per fini istituzionali o ancora gli indirizzi di gestori di siti *web* reperibili nel medesimo sito o negli elenchi dei soggetti che hanno registrato i nomi a dominio. Anche in questi casi *«non può farsi a meno del consenso ritenendo che i dati personali relativi all’indirizzo di posta elettronica - e all’indirizzo in particolare - siano “pubblici” in quanto conoscibili da chiunque»*.

Non può altresì considerarsi lecito l’invio di una prima *e-mail* che, nel chiedere un consenso abbia comunque un contenuto promozionale oppure pubblicitario, oppure riconoscendo solo un diritto di tipo *opt-out* al fine di non ricevere più messaggi dello tesso tenore.

Il Garante prosegue la trattazione anticipando quella che, in virtù del recepimento della Direttiva 2002/58/CE, sarebbe diventata la fattispecie derogatoria alla generale regola del consenso, prevista dall’attuale comma 4 dell’art. 130 del Codice della Privacy, che si sostanzia nel permettere *«a talune società di far conoscere a propri clienti prodotti o servizi analoghi a quelli per i quali si è già stabilito un rapporto, con i medesimi clienti, di vendita di prodotti o servizi. In tali casi, la società titolare del trattamento (dopo aver informato preventivamente e adeguatamente il cliente) potrà procedere all’invio del messaggio pubblicitario, offrendo però al cliente, in modo chiaro e distinto (sia al momento della raccolta dei suoi dati, sia in occasione di ciascun messaggio) il diritto di rifiutare sin dall’inizio tale uso dei dati o di obiettare, gratuitamente e in maniera agevole, anche successivamente»*.

Vengono in considerazione del Garante anche casi in cui *«l’invio di messaggi pubblicitari era stato effettuato, per conto di terzi committenti, da società specializzate che utilizzano indirizzi di posta elettronica contenuti in proprie banche dati»*. Tali società *«sono tenute a rispettare le disposizioni in tema di informativa e specifico consenso, anche per quanto riguarda l’eventuale comunicazione di dati personali ai committenti medesimi e le relative*

finalità». Nel caso in cui il mittente dei messaggi pubblicitari abbia acquisito da terzi le banche dati contenenti gli indirizzi dei destinatari, questi è tenuto ad «*accertare che ciascun interessato abbia validamente acconsentito alla comunicazione del proprio indirizzo di posta elettronica ed al suo successivo utilizzo ai fini di invio di materiale pubblicitario*». Al momento della registrazione, il soggetto che ha acquistato i dati deve poi inviare in ogni caso, a tutti gli interessati, un messaggio di informativa che precisi gli elementi indicati nell'attuale art. 13 del Codice della Privacy, comprensivi di un riferimento di luogo - e non solo di posta elettronica - presso cui l'interessato possa esercitare i diritti riconosciuti dalla legge.

Per quanto concerne i diritti degli interessati, chi detiene i dati deve fare in modo che questi possano essere fatti valere in ogni momento, ciò a prescindere dal tipo di rapporto esistente tra i mittenti e i destinatari dei messaggi. Tali diritti, consistenti perlopiù nell'accesso, il controllo, la correzione o la cancellazione dei dati, devono essere esercitati dall'interessato «*direttamente presso l'indirizzo conoscibile del titolare o del responsabile del trattamento, riservando solo ad un'eventuale momento successivo l'instaurazione di una procedura contenziosa dinanzi al Garante o all'autorità giudiziaria*».

Il Garante considera altresì illecito l'invio di messaggi pubblicitari anonimi, dai quali non sia possibile risalire all'identità del mittente. Chi invia il messaggio deve pertanto indicare «*in modo chiaro, la fonte di provenienza del messaggio, nonché il soggetto e l'indirizzo - non solo di posta elettronica - presso cui i destinatari possono esercitare i propri diritti*».

L'uso di Internet come mezzo di diffusione delle comunicazioni commerciali conferisce, ovviamente, al fenomeno dello *spamming* una connotazione transnazionale. La normativa italiana a protezione dei dati personali non è tuttavia applicabile ai messaggi provenienti dall'estero. L'utente, comunque, non è del tutto privo di tutela, questi può infatti «*chiedere una verifica da parte della competente autorità nazionale di protezione dei dati personali, ove istituita nel Paese eventualmente individuabile dal messaggio*», in altri

casi ancora *«l'invio di messaggi pubblicitari di posta elettronica può essere illecito in base alla legge di alcuni stati, per cui è parimenti possibile, per gli utenti, chiedere alle competenti autorità pubbliche degli stati di valutare la perseguibilità degli illeciti»* e infine va tenuto presente che *«alcune e-mail indesiderate possono essere lo strumento per commettere reati comuni (ad esempio di truffa) che devono considerarsi commessi nel territorio italiano quando, sebbene l'azione è avvenuta all'estero, l'evento-reato che ne deriva si è verificato in Italia»*.

2.5.2 Altri provvedimenti

Come è noto, vista la sua praticità d'utilizzo e la diffusione ormai capillare tra gli utenti, il telefono cellulare è oggi tra gli strumenti tecnici maggiormente impiegati per la trasmissione di comunicazioni indesiderate. Tale circostanza ha fatto sì che il Garante per la protezione dei dati personali si interessasse, in numerose occasioni, alla trasmissione di messaggi telefonici SMS (*Short Message Service*). In particolare, l'Autorità ha adottato due provvedimenti di carattere generale riguardanti, rispettivamente, gli "SMS istituzionali" e gli "SMS pubblicitari".

Con l'emanazione del provvedimento del 12 marzo 2003, intitolato "*SMS di pubblica utilità: le regole per il corretto uso*", il Garante ha voluto delimitare gli ambiti di legittimità dei messaggi inviati agli utenti da soggetti pubblici e contenenti notizie o informazioni attinenti a compiti istituzionali dei medesimi soggetti pubblici.

Per quanto riguarda il contenuto delle comunicazioni, nel provvedimento del Garante si legge che alcune iniziative *«sono state poste in essere per agevolare, da parte degli utenti dei servizi di telefonia mobile o di quelli che in un dato momento si trovano in una determinata area geografica, la conoscenza più tempestiva - pur in assenza di una loro previa richiesta - dell'esistenza di provvedimenti adottati d'urgenza da autorità locali, specie per la disciplina o il blocco del traffico urbano»* altre invece riguardavano *«campagne informa-*

tive di amministrazioni centrali o locali per la sensibilizzazione dei cittadini su determinate scadenze o tematiche (es.: giornata mondiale per l'AIDS), oppure per la diffusione - sempre attraverso SMS e in collaborazione con gli operatori telefonici - di altre informazioni ritenute di pubblica utilità (viabilità; avvenimenti culturali; termini di pagamento di tasse o imposte o di validità di documenti)».

Secondo il Garante, il fenomeno deve essere controllato in quanto, dalla proliferazione eccessiva e indesiderata di SMS “istituzionali”, gli utenti *«potrebbero sopportare disagi di vario tipo derivanti dalla contestuale attività di più soggetti pubblici centrali o locali, oppure dai tempi tecnici per l'effettiva ricezione di messaggi (pervenuti ad esempio a distanza di tempo in ore notturne) o, infine, dall'eventuale addebito di una parte dei costi (ad esempio, a seconda del tariffario applicato, in caso di ricezione all'estero di messaggi)».*

L'Autorità provvede dunque a formulare distinte osservazioni a seconda delle diverse modalità di invio dei messaggi differenziando tra:

- SMS “istituzionali” inviati da operatori telefonici per conto di soggetti pubblici in situazioni di più frequente “emergenza”, utilizzando i dati degli abbonati senza trasmetterli all'amministrazione che dispone l'invio dei messaggi: è richiesto il consenso espresso degli abbonati, prestato in forma specifica e documentato per iscritto. Tuttavia, nei casi eccezionali (legati specie a disastri, a calamità naturali o ad altre situazioni di pericolo grave ed imminente per la popolazione), nei quali un'autorità pubblica adotta un provvedimento contingibile ed urgente che reca disposizioni in deroga a determinate norme vigenti, non è previsto il meccanismo del consenso informato;
- SMS “istituzionali” inviati da fornitori di servizi di telecomunicazione, su richiesta dell'amministrazione, per altre finalità di informazione del pubblico su eventi culturali, ricorrenze, ecc.: opera il consenso dell'abbonato;

- SMS “istituzionali” inviati direttamente dal soggetto pubblico senza la collaborazione dell’operatore telefonico, utilizzando dati in possesso del primo: devono essere seguite forme di comunicazione che non richiedono l’identificazione nominativa degli abbonati.

Con il secondo provvedimento, *“SMS promozionali o di vendita diretta: le regole per il corretto uso”*, emanato il 10 giugno 2003, il Garante ha inteso precisare le modalità di trasmissione di tali messaggi al fine di renderle conformi alla disciplina sulla tutela della *privacy*. Secondo quanto si legge nel provvedimento *«L’utilizzo degli SMS per le predette finalità è un fenomeno che ha subito di recente notevole espansione anche in ragione della particolare rapidità ed efficacia con cui tale mezzo permette di comunicare in tempo reale con un numero elevato di interessati, ovunque essi si trovino, con una modalità che può essere invasiva e che impiega una serie di dati personali, tra cui il numero del telefono cellulare strettamente privato e la cui sfera di circolazione resterà rimessa all’interessato anche dopo la prevista formazione del nuovo elenco telefonico generale. La capacità intrusiva dello strumento SMS emerge anche da altre circostanze legate ad esempio agli orari - a volte notturni - in cui tali messaggi sono inviati o ricevuti, nonché da altri disagi derivanti da afflussi consecutivi o da eventuali costi che, attualmente o in futuro, potrebbero derivare dalla loro ricezione, in ipotesi all’estero. Ulteriori fattori di illiceità possono peraltro conseguire dall’alterazione, o dal camuffamento nel messaggio, dell’identità del mittente»*.

Il Garante, anche in questo caso, subordina tali forme di pubblicità e comunicazione al consenso preventivo, libero e informato dell’interessato. Tale principio opera quando:

- gli SMS sono inviati da fornitori di servizi di telefonia mobile: sia se il fornitore pubblicizza mediante SMS un “servizio” altrui, sia se lo stesso fornitore promuove un “servizio” della propria società e ancora rispetto agli SMS pubblicitari che il medesimo fornitore invia per promuovere un oggetto diverso da un “servizio”; in relazione agli SMS inviati auto-

maticamente dal fornitore ad un ampio numero di abbonati interessati, senza lo specifico intervento diretto di un proprio operatore, come pure per gli SMS inviati caso per caso a singoli abbonati o gruppi di essi;

- gli SMS sono inviati da altri soggetti: sia nel caso di utilizzazione dei dati nel proprio esclusivo interesse, sia nel caso di invio di Sms per conto terzi, l'invio di SMS pubblicitari è consentito solo sulla base di una chiara, specifica e preventiva manifestazione di volontà degli interessati. Ciò anche nel caso in cui l'SMS venga inviato su richiesta di una pubblica amministrazione che, per divulgare messaggi ritenuti di pubblico interesse, si rivolga a una banca dati gestita da privati.

Gli stessi principi, precisa il Garante, sono poi applicabili anche *«nei confronti dei soggetti che inviino Sms pubblicitari senza estrarre le utenze telefoniche da un'apposita banca dati, bensì sulla base di una composizione casuale o automatizzata di numeri che prescindano da una verifica della loro esistenza o attivazione»*³⁹.

³⁹[Imperiali], pp. 718-722.

Capitolo 3

La composizione del contrasto normativo

3.1 Premessa

La complessiva disciplina delle comunicazioni commerciali nasce dall'intreccio di disposizioni legislative dettate al riguardo in tre diversi contesti - *privacy*, contrattazione a distanza, commercio elettronico - e vede un continuo oscillare tra i due principi cardine su cui basa l'attività di trattamento dei dati personali ai fini di *marketing*: il consenso preventivo e il silenzio assenso. Anche alla luce delle recenti modifiche legislative sul tema, che hanno operato un ennesimo rimescolamento delle tecniche di *opt-in* e *opt-out*, il quadro normativo appare sempre più contorto e di difficile ricostruzione, determinando non banali incertezze interpretative che si ripercuotono anche sul profilo sanzionatorio della materia.

3.2 Le modifiche all'art. 130 del Codice in materia di protezione dei dati personali

Il Codice della Privacy ha subito, dalla sua pubblicazione ad oggi, svariate modifiche e integrazioni, in particolare, tre interventi normativi si sono occupati dell'art. 130, modificando sensibilmente la disciplina delle comunicazioni indesiderate.

Le prime importanti variazioni all'art. 130 sono state apportate dal D.L. 25 settembre 2009, n. 135 (c.d. *Decreto Ronchi*), recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito, con modificazioni, dalla Legge 20 novembre 2009, n. 166.

L'art. 20-bis del decreto in oggetto si occupa dell'adeguamento - della disciplina nazionale sulla *privacy* - alla normativa comunitaria in materia di tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, di cui alla Direttiva 2002/58/CE. Il comma 1, alla lettera a) prevede, innanzi tutto, che al comma 3 dell'articolo 130 - recante la disciplina del consenso alle comunicazioni commerciali effettuate con mezzi diversi da quelli automatizzati - sia aggiunto l'inciso «*nonché ai sensi di quanto previsto dal comma 3-bis del presente articolo*».

Lo stesso art. 20-bis del Decreto Ronchi, alla lettera b) del comma 1, integra infatti l'art. 130 del Codice inserendo i commi 3-bis, 3-ter e 3-quater, i quali, nel loro complesso, prevedono l'istituzione del Registro Pubblico delle Opposizioni che di fatto reintroduce, seppur limitatamente a particolari ipotesi, il modello dell'*opt-out*.

Il comma 3-bis, nella sua prima formulazione, prevede che «*In deroga a quanto previsto dall'articolo 129¹, il trattamento dei dati di cui all'articolo*

¹Art. 129, "Elenchi di contraenti": «1. Il Garante individua con proprio provvedimento, in cooperazione con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 154, comma 3, e in conformità alla normativa comunitaria, le modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi ai contraenti negli elenchi cartacei o

129, comma 1, mediante l'impiego del telefono per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b)², è consentito nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione, con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario in un registro pubblico delle opposizioni».

Il comma 3-ter detta le modalità di istituzione e di funzionamento del suddetto Registro, prevedendo:

- a) attribuzione dell'istituzione e della gestione del registro ad un ente o organismo pubblico titolare di competenze inerenti alla materia;*
- b) previsione che l'ente o organismo deputato all'istituzione e alla gestione del registro vi provveda con le risorse umane e strumentali di cui dispone o affidandone la realizzazione e la gestione a terzi, che se ne assumono interamente gli oneri finanziari e organizzativi, mediante contratto di servizio, nel rispetto del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. I soggetti che si avvalgono del registro per effettuare le comunicazioni corrispondono tariffe di accesso basate sugli effettivi costi di funzionamento e di manutenzione. Il Ministro dello sviluppo economico, con proprio provvedimento, determina tali tariffe;*
- c) previsione che le modalità tecniche di funzionamento del registro consentano ad ogni utente di chiedere che sia iscritta la numerazione del-*

elettronici a disposizione del pubblico, anche in riferimento ai dati già raccolti prima della data di entrata in vigore del presente codice. 2. Il provvedimento di cui al comma 1 individua idonee modalità per la manifestazione del consenso all'inclusione negli elenchi e, rispettivamente, all'utilizzo dei dati per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b), in base al principio della massima semplificazione delle modalità di inclusione negli elenchi a fini di mera ricerca del contraente per comunicazioni interpersonali, e del consenso specifico ed espresso qualora il trattamento esuli da tali fini, nonché in tema di verifica, rettifica o cancellazione dei dati senza oneri».

²Secondo l'art. 7, comma 4, lettera b) del Codice della Privacy l'interessato ha diritto di opporsi, in tutto o in parte al trattamento di dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

la quale è intestatario secondo modalità semplificate ed anche in via telematica o telefonica;

- d) previsione di modalità tecniche di funzionamento e di accesso al registro mediante interrogazioni selettive che non consentano il trasferimento dei dati presenti nel registro stesso, prevedendo il tracciamento delle operazioni compiute e la conservazione dei dati relativi agli accessi;*
- e) disciplina delle tempistiche e delle modalità dell'iscrizione al registro, senza distinzione di settore di attività o di categoria merceologica, e del relativo aggiornamento, nonché del correlativo periodo massimo di utilizzabilità dei dati verificati nel registro medesimo, prevedendosi che l'iscrizione abbia durata indefinita e sia revocabile in qualunque momento, mediante strumenti di facile utilizzo e gratuitamente;*
- f) obbligo per i soggetti che effettuano trattamenti di dati per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b), di garantire la presentazione dell'identificazione della linea chiamante e di fornire all'utente idonee informative, in particolare sulla possibilità e sulle modalità di iscrizione nel registro per opporsi a futuri contatti;*
- g) previsione che l'iscrizione nel registro non precluda i trattamenti dei dati altrimenti acquisiti e trattati nel rispetto degli articoli 23 e 24.*

Infine, il comma 3-quater attribuisce al Garante la vigilanza e il controllo sull'organizzazione e il funzionamento del Registro³.

Il legislatore nazionale ha apportato ulteriori modifiche all'art. 130 tramite il D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. *Decreto Sviluppo*), convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. Secondo quanto si legge dalla relazione illustrativa, il decreto interviene sul Codice in materia di protezione dei dati personali per dare corretta attuazione alla disciplina dell'Unione

³[Marcelli]

europea. All'art. 6 sono dettate numerose disposizioni volte a ridurre gli oneri derivanti dalla normativa sulla *privacy* e gravanti sulle piccole e medie imprese, in particolare, il comma 2, lettera a), numero 6), modifica l'articolo 130 del Codice ampliando l'ambito di applicazione del sistema dell'*opt-out* consentendo il trattamento dei dati contenuti negli elenchi telefonici pubblici, a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, non solo mediante l'impiego del telefono, ma anche mediante l'utilizzazione della posta cartacea, sempreché non sia stato esercitato il diritto di opposizione con le modalità di cui allo stesso comma 3-bis⁴.

Da ultimo, il D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 69 ritocca ancora la materia introducendo delle modifiche finalizzate a tutelare maggiormente i consumatori contro le violazioni dei dati personali e lo *spam*. Alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 7, lettera a), numeri 1, 2 e 3 del decreto in parola, il comma 1 dell'art. 130 del Codice della Privacy recita ora quanto segue: «*Fermo restando quanto stabilito dagli articoli 8 e 21 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso del contraente o utente*». Rispetto alla sua prima versione, e in conformità alla *ratio* di una maggior tutela degli utenti, il comma in esame prevede ora uno specifico richiamo agli obblighi informativi nell'ambito delle comunicazioni commerciali (art. 8) e al relativo sistema sanzionatorio (art. 21) sanciti dal D.Lgs. 70/2003.

Seguendo la medesima logica, l'art. 1, comma 7, lettera b), numeri 1 e 2 del D.Lgs. 69/2012 modifica il comma 5 dell'art. 130 prevedendo che «*È vietato in ogni caso l'invio di comunicazioni per le finalità di cui al comma 1*

⁴Disegno di legge numero 4357 AC, *Conversione in legge del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, Relazione illustrativa del 13 maggio 2011.

o, comunque, a scopo promozionale, effettuato camuffando o celando l'identità del mittente o in violazione dell'articolo 8 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui all'articolo 7, oppure esortando i destinatari a visitare siti web che violino il predetto articolo 8 del decreto legislativo n. 70 del 2003».

3.3 Il Registro Pubblico delle Opposizioni

Il Registro Pubblico delle Opposizioni di cui all'art. 130, comma 3-bis del Codice della Privacy è stato istituito con il Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 178 (*Regolamento recante istituzione e gestione del registro pubblico degli abbonati che si oppongono all'utilizzo del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali*). La realizzazione e la gestione del Registro è stata affidata dal Ministero per lo Sviluppo Economico - Dipartimento delle Comunicazioni alla *Fondazione Ugo Bordonì*⁵, attraverso un contratto di servizio che ne sottolinea la natura di ente terzo, indipendente, impegnato in attività di pubblico interesse.

Scopo del servizio offerto dal Registro è quello di *«raggiungere un corretto equilibrio tra le esigenze dei cittadini che hanno scelto di non ricevere più telefonate commerciali e le esigenze delle imprese che in uno scenario di maggior ordine e trasparenza potranno utilizzare gli strumenti del telemarketing»*. Il sistema previsto dal Registro tenta infatti di conciliare gli interessi

⁵La *Fondazione Ugo Bordonì* è un'Istituzione di Alta Cultura e Ricerca, sottoposta alla vigilanza del *Ministero dello Sviluppo Economico* che si occupa della realizzazione di ricerche, studi scientifici e applicativi nelle materie delle comunicazioni elettroniche, dell'informatica, dell'elettronica, dei servizi pubblici a rete, della radiotelevisione e dei servizi audiovisivi e multimediali in genere, al fine di promuovere il progresso scientifico e l'innovazione tecnologica. La Fondazione svolge attività di consulenza nei confronti del Parlamento, del Governo, delle Autorità amministrative indipendenti, delle Amministrazioni Pubbliche centrali e locali. Promuove iniziative di raccordo e di coordinamento con Università ed Enti di ricerca; svolge attività di formazione ed opera per la promozione e la tutela del patrimonio tecnologico e culturale del Paese (sito ufficiale www.fub.it).

di due categorie di soggetti: da una parte l'*abbonato*⁶, che può iscriversi al Registro al fine dichiarare esplicitamente il proprio diniego a ricevere chiamate promozionali da teleoperatori, e dall'altra l'*operatore*⁷, che è tenuto a registrarsi al sistema e a comunicare la lista dei numeri degli abbonati che intende contattare per attività commerciali, promozionali o per il compimento di ricerche di mercato, pena incorrere nelle sanzioni previste dal Codice della Privacy.

Il Registro è rivolto ai soli abbonati il cui numero telefonico è presente negli elenchi telefonici pubblici (di cui all'art. 129 del Codice della Privacy), non anche alle numerazioni aventi origine diversa dagli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico che siano legittimamente raccolte dai titolari del trattamento presso gli interessati o presso terzi nel rispetto del diritto di opposizione sancito dall'articolo 7, comma 4, lettera b) del D.P.R. 178/2010 e degli articoli 13, 23 e 24 del Codice della Privacy. Per l'abbonato, l'iscrizione al Registro è completamente gratuita, valida a tempo indeterminato, eseguibile contattando il gestore secondo cinque diverse modalità (*web*, telefono, raccomandata, fax ed *e-mail*), aggiornabile, modificabile e revocabile senza alcuna limitazione con le stesse modalità previste per la registrazione.

Gli operatori che intendono effettuare i trattamenti di dati per finalità di *telemarketing* devono in primo luogo registrarsi al sistema, la presentazione (e l'aggiornamento) dell'istanza d'iscrizione può essere effettuata secondo due modalità: tramite *e-mail* dalla propria casella di posta elettronica tradizionale più una raccomandata con ricevuta di ritorno, oppure tramite *e-mail*

⁶L'art. 1 del D.P.R. 178/2010 definisce "*abbonato*": qualunque persona fisica, persona giuridica, ente o associazione parte di un contratto con un fornitore di servizi telefonici accessibili al pubblico per la fornitura di tali servizi, o destinatario di tali servizi anche tramite schede prepagate, la cui numerazione sia comunque inserita negli elenchi di cui all'articolo 129 del Codice.

⁷L'art. 1 del D.P.R. 178/2010 definisce "*operatore*": qualunque soggetto, persona fisica o giuridica, che, in qualità di titolare ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera f), del Codice, intenda effettuare il trattamento dei dati di cui all'articolo 129, comma 1, del Codice, per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, mediante l'impiego del telefono.

dalla propria casella di Posta Elettronica Certificata (PEC) più la propria Firma Digitale con valore legale.

Il secondo passo per gli operatori è comunicare al Gestore del Registro la lista dei numeri che intendono contattare. Tale lista viene “filtrata” dal Gestore cancellando i numeri degli abbonati iscritti presso il Registro e che pertanto non intendono essere contattati, essa ha una validità di 15 giorni dal momento della sua messa a disposizione (24 ore dopo la richiesta) così da consentire l’aggiornamento dell’elenco delle opposizioni. La registrazione al servizio di aggiornamento delle liste comporta per l’operatore il pagamento di una tariffa⁸ che varia in funzione della dimensione del “pacchetto di numerazioni” acquistabili. Sono previste dieci fasce tariffarie che vanno da un pacchetto minimo di 1.500 numerazioni al costo di 22.50 euro, ad un pacchetto massimo composto da 100.000.000 numeri, al costo di 260.000 euro.

La violazione del diritto di opposizione comporta, a carico degli operatori, la sanzione prevista dall’art. 162, comma 2-quater del Codice in materia di protezione dei dati personali. Oltre agli obblighi illustrati nel D.P.R. 178/2010, gli operatori sono comunque tenuti a osservare il Provvedimento n. 16 del 19 gennaio 2011 del Garante per la protezione dei dati personali (G.U. n. 24 del 31/01/2011), contenente le prescrizioni per il trattamento di dati personali per finalità di *telemarketing*, a seguito dell’istituzione del Registro Pubblico delle Opposizioni⁹.

Per quanto attiene l’estensione del sistema dell’*opt-out* al *marketing* postale introdotta dal Decreto Sviluppo, al momento in cui si scrive non è ancora stato emanato il decreto di attuazione del servizio. Date le peculiarità del *mailing* e le differenti modalità di utilizzo rispetto al *telemarketing*, con tutta probabilità verrà prevista la gestione di due forme distinte e disgiunte di opposizione tramite creazione di una sezione dedicata al *marketing* postale,

⁸Il ricavato delle tariffe rappresenta l’unica fonte di sostentamento del sistema, che, come stabilito, non può pesare sulle casse dello Stato e non può avere alcuna finalità di lucro.

⁹Su www.registrodelleopposizioni.it

dando così all'abbonato la possibilità di decidere liberamente se manifestare il proprio dissenso sia per il *marketing* telefonico sia per quello postale, ovvero solo per uno dei due. Certo è comunque che, anche nell'abito della posta cartacea, l'iscrizione al Registro Pubblico delle Opposizioni sarà gratuita e riservata ai cittadini il cui indirizzo è presente negli elenchi telefonici pubblici¹⁰.

Il sistema di *opt-out* creato grazie all'istituzione del Registro Pubblico delle Opposizioni risulta essere tutt'altro che esente da critiche, sia in merito alla scelta legislativa di passare da un sistema di consenso preventivo (*opt-in*) ad uno di silenzio-assenso (*opt-out*), che oggettivamente favorisce le imprese a scapito della *privacy* degli utenti¹¹, sia in merito alle modalità di funzionamento e all'efficacia del Registro stesso.

Ancora prima della messa in funzione del Registro, la stessa Autorità Garante per la protezione dei dati personali aveva, tramite il comunicato stampa del 19 novembre 2009, espresso forte preoccupazione circa i possibili effetti negativi derivanti dalle nuove norme sul *telemarketing* introdotte dal Decreto Ronchi. In particolare, secondo il Garante, «*suscita molta perplessità l'istituzione di un registro pubblico al quale devono iscriversi quanti non vogliono essere disturbati da telefonate pubblicitarie o commerciali, caricando così i cittadini di incombenze e problemi. Si rischia, inoltre, di causare ulteriori molestie ad abbonati e utenti, che, almeno fino a quando non sarà istituito il registro, si vedranno di nuovo massicciamente contattare da aziende, gestori telefonici, società di servizi con le offerte più diverse. La norma prevede, peraltro, che possano essere contattati a fini promozionali anche coloro che a suo tempo avevano manifestato la volontà di non ricevere più pubblicità telefonica, provocando in questo modo ulteriori fastidi a tutti, compreso chi si era già espresso su questa questione*¹²».

¹⁰[Grementieri]

¹¹[Greco]

¹²Il Garante si riferisce in quest'ultimo inciso al c.d. *Emendamento Malan* (emendamento al D.L. 135/2009), che aveva a suo tempo previsto un analogo sistema di

Aggiunge il Garante che «*Sconcertante e inspiegabile appare anche la mancata previsione del parere formale del Garante sull'istituzione del registro, sul cui funzionamento e sulla cui organizzazione l'Autorità viene tuttavia chiamata a vigilare. Pur riservandosi di verificarne in concreto il funzionamento, l'Autorità esprime infine dubbi sull'effettiva efficacia del registro, il quale peraltro non verrà, come erroneamente riportato da notizie di stampa, gestito direttamente dal Garante, ma da un ente o organismo diverso, ancora da individuare*».

In merito al funzionamento e all'effettiva efficacia del Registro, sono emerse molteplici problematiche. Ad oltre un anno dall'attivazione del servizio, sono circa 1 milione i cittadini che hanno esercitato il diritto di opposizione alle chiamate di *telemarketing* tramite l'iscrizione al Registro, gli iscritti corrispondono al solo 7% dei cittadini aventi diritto. La scarsa adesione degli utenti viene attribuita alla blanda campagna informativa attuata dal governo, che si ritiene non abbia adeguatamente promosso il servizio e sensibilizzato l'utenza. Il *telemarketing* continua perciò ad essere una tecnica commerciale molto utilizzata dalle aziende, le quali, spesso, ignorano i limiti imposti dal nuovo sistema e pongono in essere campagne promozionali aggressive contattando anche quei soggetti che hanno espresso il loro diniego alla ricezione di chiamate promozionali. Lo stesso Garante della Privacy riferisce di un aumento delle segnalazioni da parte dei cittadini circa le violazioni della normativa. Un fattore che spinge gli operatori ad aggirare i limiti imposti dal Registro e a contattare indiscriminatamente tutti gli utenti risiede probabilmente nei costi di accesso al servizio, di gran lunga superiori a quelli degli altri paesi europei ove vige lo stesso sistema. L'emergere di tali problemi ha condotto lo stesso Fondazione Ugo Bordoni, Gestore del servizio, ad una presa di posizione - a difesa del proprio operato e della efficacia del sistema *opt-out* - in merito a ciò che viene da questa definita una "campagna denigratoria sul Registro"¹³.

opt-out.

¹³Per maggiori dettagli sul punto si veda la nota "*Campagna denigratoria sul Registro:*

3.4 Le modifiche all'art. 58 del Codice del consumo

Le modificazioni apportate all'art. 130 del Codice della Privacy hanno interessato, trasversalmente, anche la disciplina relativa alle tecniche di comunicazione a distanza contenuta nell'art. 58 del Codice del consumo. Il quarto comma del già citato art. 20-bis del Decreto Ronchi interviene infatti sul primo comma dell'art. 58 sostituendolo come segue: *«L'impiego da parte di un professionista del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore, fatta salva la disciplina prevista dall'articolo 130, comma 3-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, per i trattamenti dei dati inclusi negli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico»*. In sostanza viene introdotto, anche nell'ambito della contrattazione a distanza, il regime dell'*opt-out* per le comunicazioni effettuate tramite telefono e posta cartacea nei confronti di soggetti i cui dati personali sono inseriti presso elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico.

Il secondo comma dell'art. 58, che, come noto, prevede la tecnica dell'*opt-out* per l'impiego da parte del professionista di altre tecniche di comunicazione a distanza che consentano una comunicazione individuale, non ha subito alcun intervento modificativo dal punto di vista letterale, tuttavia, a norma dell'art. 19-bis del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 (*Decreto milleproroghe*) convertito, con modificazioni, nella L. 23 febbraio 2006, n. 51, tale comma *«si applica anche in deroga alle norme di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»*, cioè il Codice della Privacy. La novità introdotta dal Decreto milleproroghe sembra dunque ampliare l'ambito di operatività del regime dell'*opt-out*, tuttavia, il disposto dell'art. 19-bis suscita rilevanti incertezze

vero e falso”, consultabile presso il sito ufficiale del Registro Pubblico delle Opposizioni (www.registrodelleopposizioni.it) alla sezione *News*.

interpretative - che verranno di seguito esaminate - circa l'effettiva portata applicativa della deroga ivi prevista.

3.5 Il contrasto normativo tra D.Lgs. 70/2003 (art. 9), Codice del consumo (artt. 52 e 58) e Codice in materia di protezione dei dati personali (art. 130)

Al fine di esaminare i principali aspetti problematici relativi all'attuale disciplina in tema di *spamming*, ripercorriamo brevemente le principali tappe dell'exkursus normativo, nazionale ed europeo, relativo alle comunicazioni commerciali indesiderate.

Il primo impianto legislativo vedeva tre principali fonti:

- l'art. 13, comma 1, lett. e) della Legge n. 675/96, oggi abrogato e sostituito dall'art. 130 del D.Lgs. n. 196/2003;
- l'art. 10 del D.Lgs. n. 171/1998, attuativo della Direttiva 97/66/CE, oggi abrogato dal combinato disposto degli artt. 183 e 186 del D.Lgs. n. 196/2003;
- l'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 185/1999, attuativo della Direttiva 97/7/CE, oggi abrogato dall'art. 146 del D.Lgs. n. 206/2005 e riversato nell'art. 58 dello stesso Decreto.

Il problema delle comunicazioni non sollecitate era risolto dalle due Direttive seguendo soluzioni opposte. La Direttiva 97/66/CE, dedicata alla Privacy nelle telecomunicazioni, stabiliva che le comunicazioni non sollecitate, effettuate tramite fax o con l'utilizzo di strumenti senza un operatore, potessero essere realizzate soltanto con il consenso preventivo degli utenti abbonati, salvo consentire ai singoli Stati membri, in fase di attuazione, di scegliere se

adottare un sistema di consenso espresso da parte del potenziale destinatario della comunicazione commerciale, ovvero un sistema di eventuale opposizione espressa. Il legislatore nazionale adottò, mediante il D.Lgs. n. 171/1998, la tecnica dell'*opt-in*. Viceversa, la Direttiva 97/7/CE, relativa ai contratti a distanza tra imprenditori e consumatori, accolse il principio dell'*opt-out*, per le comunicazioni commerciali non sollecitate, provenienti da sistemi di chiamata diversi da quelli automatici.

A rendere il panorama normativo ancora più complesso ha poi contribuito la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la quale, facendo salve le Direttive 97/66/CE e 97/7/CE in merito alla questione del consenso, ha previsto l'instaurazione di un registro negativo al quale possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere le comunicazioni commerciali. Il D.Lgs. n. 70/2003, attuativo della suddetta Direttiva, non ha dato seguito all'istituzione di tale registro negativo ed ha sancito il principio dell'*opt-out* all'invio di comunicazioni commerciali non sollecitate.

La Direttiva 2002/58/CE, dedicata alla tutela della *privacy* nelle comunicazioni elettroniche, accoglie definitivamente il modello dell'*opt-in* prevedendo che l'uso della posta elettronica a scopo di commercializzazione diretta sia consentito soltanto verso gli abbonati che hanno espresso preventivamente il loro consenso, ovvero, ma soltanto nel caso di relazione commerciale già avviata, che, almeno, non hanno manifestato la loro opposizione. Tale orientamento è stato recepito nel nostro ordinamento con l'approvazione del D.Lgs. n. 196/2003.

Oggi, tuttavia, a seguito dei diversi interventi modificativi apportati all'art. 130 del Codice della Privacy, si assiste ad una nuova inversione di tendenza che vede, con l'introduzione del Registro Pubblico delle Opposizioni, la reintroduzione del modello dell'*opt-out*¹⁴.

Di seguito, uno specchio riepilogativo dell'attuale quadro giuridico nazionale in materia di *spamming*, aggiornato rispetto a tutte le modifiche

¹⁴[Farina-2011]

normative introdotte in materia.

ART. 9 D.LGS. 70/2003 - COMUNICAZIONE COMMERCIALE NON SOLLECITATA

1. Fatti salvi gli obblighi previsti dal decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 e dal decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica devono, in modo chiaro e inequivocabile, essere identificate come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contenere l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni.

ART. 52 CODICE DEL CONSUMO - INFORMAZIONI PER IL CONSUMATORE

3. In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo della posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'articolo 9 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

ART. 58 CODICE DEL CONSUMO - LIMITI ALL'IMPIEGO DI TALUNE TECNICHE DI COMUNICAZIONE A DISTANZA

1. L'impiego da parte del professionista del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore, fatta salva la disciplina prevista dall'art. 130, comma 3-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, per i trattamenti dei dati inclusi negli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico.

2. Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal professionista se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario.

ART. 130 CODICE DELLA PRIVACY - COMUNICAZIONI INDESIDERATE

1. Fermo restando quanto stabilito dagli articoli 8 e 21 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso del contraente o utente.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo.

3. Fuori dei casi di cui ai commi 1 e 2, ulteriori comunicazioni per le finalità di cui ai medesimi commi effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 23 e 24 nonché ai sensi di quanto previsto dal comma 3-bis del presente articolo.

3-bis. In deroga a quanto previsto dall'articolo 129, il trattamento dei dati di cui all'articolo 129, comma 1, mediante l'impiego del telefono e della posta cartacea per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b), è consentito nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione, con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario e degli altri dati personali di cui all'articolo 129, comma 1, in un registro pubblico delle opposizioni.

4. Fatto salvo quanto previsto nel comma 1, se il titolare del trattamento utilizza, a fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, le coordinate di posta elettronica fornite dall'interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, può non richiedere il consenso dell'interessato, sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e l'interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni. L'interessato, al momento della raccolta e in occasione dell'invio di ogni comunicazione effettuata per le finalità di cui al presente comma, è informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente.

Per quanto attiene l'uso della posta elettronica ai fini di *marketing* e di contrattazione a distanza, il comma 2 dell'art. 130 del Codice della Privacy e il comma 1 dell'art. 58 del Codice del Consumo concordano nell'adozione del sistema di *opt-in* che, come sappiamo, richiedere il consenso preventivo dell'interessato. Ad una soluzione opposta pare ricorrere l'art. 9 del D.Lgs. n. 70/2003 e, con esso, l'art. 52 del Codice del Consumo, il cui comma 3 opera un espresso rinvio al suddetto art. 9. Soffermandoci ad una interpretazione letterale del testo della norma, il sistema delineato dall'art. 9 sembrerebbe basarsi sull'assenza del consenso preventivo rispetto alla prima comunicazione e sulla possibilità di opposizione successiva (*opt-out*). In realtà, la formulazione dell'art. 9, che fa salve le prescrizioni dettate in materia sia dal D.Lgs. n. 171/1998 (attualmente quindi, dell'art. 130 del Codice della Privacy, che in questa parte sostituisce il decreto del '98) che dal D.Lgs. n. 185/1999 (oggi trasfuso nel Codice del Consumo) - richiamando perciò il sistema dell'*opt-in* - e in combinazione all'obbligo di comunicazione all'interessato del proprio diritto di opposizione, deve essere così interpretata: l'uso dell'indirizzo di posta elettronica per l'invio di comunicazioni non sollecitate richiede sempre il preventivo consenso espresso dell'interessato e, inoltre, deve essere sempre ricordato al destinatario il proprio diritto di opporsi ad ulteriori comunicazioni di questo tipo¹⁵.

L'art. 58 e l'art. 130 si trovano, ad oggi, in linea sia per quanto riguarda l'uso degli altri sistemi di chiamata o comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore - quali FAX, SMS ed MMS - prevedendo per questi il sistema *opt-in*, sia per quanto riguarda l'uso del telefono, attualmente sotto il regime dell'*opt-out*. L'istituzione del Registro Pubblico delle Opposizioni per il *marketing* telefonico prevista dal comma 3-bis dell'art. 130 è stata infatti recepita anche dal Codice del Consumo che, al rinnovato comma 1 dell'art. 58, ne fa salva la disciplina.

Non banali incertezze interpretative emergono bensì in merito alle comu-

¹⁵[Rolli], pp. 18-19.

nicazioni effettuate per le stesse finalità ma con mezzi diversi da quelli fin ora indicati, vale a dire tramite sistemi di chiamata non automatizzati. Infatti, mentre il comma 2 dell'art. 58 prevede il sistema dell'*opt-out*, al contrario, il comma 3 dell'art. 130 consente tali comunicazioni con il consenso dell'interessato (art. 23), ma anche in assenza dello stesso, purché sia configurabile un caso di esclusione fra quelli previsti dallo stesso Codice (art. 24).

La disciplina potrebbe essere ricostruita, in primo luogo, distinguendo tra il consenso alla ricezione della comunicazione commerciale e quello al trattamento dei dati personali. Si tratta di due consensi aventi natura diversa perché, di fatto, posti a tutela di interessi diversi: il primo quello alla correttezza del comportamento del professionista, il secondo quello alla riservatezza dell'interessato. Il destinatario dovrebbe dunque manifestare due consensi differenti, tuttavia, nel momento in cui il dato personale viene utilizzato, non è agevole disgiungere nettamente le due fattispecie, ci si chiede pertanto se sia legittima una *policy* che prevede un'unica formula sintattica per l'acquisizione di entrambi i consensi.

In secondo luogo, lo stesso impianto sanzionatorio previsto per la violazione delle due norme risulta differente. La violazione dell'art. 58 prevede - ai sensi dell'art. 62 del Codice del Consumo - l'applicazione di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario e la trasmissione al Garante per la protezione dei dati personali del verbale ispettivo redatto dagli organi competenti a rilevare le violazioni dei diritti dei consumatori, affinché il Garante stesso irroghi le diverse sanzioni prescritte dal Codice della Privacy. Al contrario, l'art. 167, comma 1, del Codice della Privacy dispone che *«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'art. 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi»*.

In sostanza, la modulistica scelta per l'acquisizione del consenso dovrebbe essere impostata tenendo in considerazione queste importanti distinzioni.

Ulteriori problemi interpretativi nascono dalla previsione dell'art. 19-bis del *Decreto Milleproroghe* (D.L. n. 273/2005 convertito in Legge n. 51/2006) secondo cui «*L'art. 58 comma 2 del codice del consumo di cui al D.Lgs. 206/05, si applica anche in deroga alle norme di cui al D.Lgs. 196/03*». In merito alla reale portata applicativa della disposizione, secondo una prima tesi - semplicistica e per i più non condivisibile - l'espressione "anche in deroga alle norme" costituirebbe, per le tecniche di *direct marketing* tradizionale, un vero e proprio esonero dall'ambito di applicazione dell'intera disciplina sulla tutela della *privacy*, tale da fare accantonare non solo i vincoli relativi al consenso ma anche gli altri adempimenti relativi agli obblighi di informativa, ai diritti degli interessati, all'eventuale notificazione del trattamento al Garante, agli obblighi relativi alle misure minime di sicurezza e via dicendo.

Una interpretazione così estrema non risulta percorribile per due ordini di ragioni:

- l'art. 58 regola esclusivamente il consenso, nel momento in cui si introduce una norma (l'art. 19-bis) che ne prescrive l'applicazione in deroga alle norme del Codice della Privacy, la stessa non può che riferirsi alle sole norme relative al consenso;
- il comma 2 dell'art. 58 si riferisce alle sole tecniche di comunicazione a distanza non automatizzate che consentono una comunicazione individuale, pertanto l'ambito di applicazione dell'esenzione non si estende ai sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore.

Alla luce di tali considerazioni, «*dire dunque, che l'art. 58, 2° comma, si applica in deroga al D.L. n. 196/2003, significa soltanto dire che così come non è necessario il consenso preventivo a tutela del consumatore, non opera nemmeno il presupposto di liceità del consenso chiamiamolo "privacy". Ogni*

altra interpretazione si risolve in una indebita estensione della reale portata sintattica dell'art. 19-bis¹⁶ ».

¹⁶[Ricchiuto]

Capitolo 4

Le comunicazioni commerciali indesiderate nelle applicazioni della giurisprudenza

4.1 Premessa

Il destinatario di comunicazioni indesiderate può tutelarsi secondo diverse modalità. In caso di trattamento illecito il titolare dei dati ha il diritto di ottenere la cessazione del trattamento e il blocco dei dati trattati in violazione di legge. In caso tale diritto non venga attuato, a seguito di sua richiesta, può rivolgersi all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali per ottenere un provvedimento che disponga il blocco o vieti il trattamento illecito. Se dal trattamento illecito dei dati personali risulta un danno per l'interessato, il mittente dei messaggi indesiderati ha l'obbligo di risarcire il danno in sede civile, in assenza di danno è possibile per il destinatario il solo ricorso alla tutela inibitoria. Lo *spamming*, infine, se diretto al proprio od altrui profitto o se è teso ad arrecare danno, diventa attività penalmente rilevante.

Evidenziata la pluralità di norme sanzionatorie che investono le comunicazioni commerciali non desiderate e i diversi profili di illiceità che ne sca-

turiscono - amministrativo, civile e penale - si propone qui di seguito una rassegna delle principali decisioni assunte dal Garante per la protezione dei dati personali nonché i principali orientamenti giurisprudenziali in tema di *spamming*.

4.2 Il sistema sanzionatorio contro lo *spamming*

L'apparato sanzionatorio applicabile nei confronti del mittente di comunicazioni commerciali indesiderate vede, come del resto tutta la disciplina in tema di *spamming*, l'avvicinarsi di tre fonti normative: il D.Lgs. n. 70/2003, il Codice del Consumo e il Codice in materia di protezione dei dati personali.

In base alla normativa sul commercio elettronico, la violazione dell'art. 9 è sanzionata - salvo che il fatto non costituisca reato - con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 103 euro ad un massimo di 10.000 euro. Il limite minimo e quello massimo della sanzione possono essere raddoppiati in casi di particolare gravità o recidiva. Le sanzioni sono irrogate in base alle procedure previste dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, in materia di modifiche al sistema penale. La sanzione è comminata sulla base di un rapporto circa l'accertamento delle violazioni che periodicamente deve essere consegnato al Ministero delle Attività Produttive da parte delle competenti forze di polizia sia giudiziaria che amministrativa (art. 21, D.Lgs. n. 70/2003).

L'art. 62 del Codice del Consumo prevede, nel caso in cui il fatto non costituisca reato, una sanzione amministrativa da un minimo di 516 euro ad un massimo di 5.165 euro applicabile al fornitore che violi le disposizioni di cui all'art. 58 dello stesso Codice. Anche qui, in casi di particolare gravità o recidiva, il minimo ed il massimo della sanzione amministrativa possono essere raddoppiati. Le sanzioni sono applicate, anche in questo caso, ai sensi della L. 24 novembre 1981, n. 689, tuttavia il rapporto relativo all'accerta-

mento delle violazioni deve essere presentato dalle autorità competenti - e limitatamente alla violazione di cui all'art. 58 - al Garante per la protezione dei dati personali.

Ulteriori strumenti di tutela, sia in via amministrativa che giudiziaria, sono garantiti dalla normativa sulla *privacy*. Quanto alla tutela amministrativa, l'interessato che si vede recapitare una comunicazione non sollecitata può, a norma dell'art. 141 del Codice della Privacy, rivolgersi al Garante mediante:

- a) *reclamo circostanziato nei modi previsti dall'articolo 142, per rappresentare una violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento di dati personali;*
- b) *segnalazione, se non è possibile presentare un reclamo circostanziato ai sensi della lettera a), al fine di sollecitare un controllo da parte del Garante sulla disciplina medesima;*
- c) *ricorso, se intende far valere gli specifici diritti di cui all'articolo 7 secondo le modalità e per conseguire gli effetti previsti nella sezione III del presente capo.*

Nell'ambito del procedimento di reclamo, il Garante esercita i poteri di cui al comma 1 dell'art. 143:

- a) *prima di prescrivere le misure di cui alla lettera b), ovvero il divieto o il blocco ai sensi della lettera c), può invitare il titolare, anche in contraddittorio con l'interessato, ad effettuare il blocco spontaneamente;*
- b) *prescrive al titolare le misure opportune o necessarie per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti;*
- c) *dispone il blocco o vieta, in tutto o in parte, il trattamento che risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle*

misure necessarie di cui alla lettera b), oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati;

- d) *può vietare in tutto o in parte il trattamento di dati relativi a singoli soggetti o a categorie di soggetti che si pone in contrasto con rilevanti interessi della collettività.*

In merito alla tutela giurisdizionale, l'art. 152 del Codice prevede che *«Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, nonché le controversie previste dall'articolo 10, comma 5, della legge 1° aprile 1981, n. 121, e successive modificazioni, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria».*

La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 13 del Codice - omessa od incompleta informativa - è punita dall'art. 161 con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 6.000 euro a 36.000 euro. L'art. 165 prevede inoltre l'eventuale applicazione della sanzione amministrativa accessoria consistente nella pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione, per intero o per estratto, in uno o più giornali indicati nel provvedimento che la applica.

Secondo quanto disposto dall'art. 167, la violazione dell'art. 130 comporta, per chiunque procede al trattamento illecito di dati personali al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, e solo se dal fatto deriva nocumento, la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.

Infine, ai sensi dell'art. 15 del Codice della Privacy, qualora lo *spamming* abbia cagionato un danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali, il titolare del trattamento è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo

2050 del codice civile. Il risarcimento del danno non può essere ordinato dal Garante ma è una questione di competenza del giudice ordinario¹.

4.3 Provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali

Ancora prima del recepimento della Direttiva 2002/58/CE e l'entrata in vigore del Codice della Privacy, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha sempre tenuto una linea poco tollerante verso il fenomeno dello *spamming*. Nell'ultimo decennio, il Garante è intervenuto sulla tematica numerose volte delineando - tramite l'emanazione di provvedimenti, sia specifici che di carattere generale - un sistema di regole operative che gli operatori del settore sono tenuti ad osservare.

Per quanto attiene la posta elettronica, il Garante aveva mostrato il suo interesse già con la *Newsletter* n. 14-18 luglio 1999 e con il Comunicato del 12 luglio 1999 sostenendo che «*I messaggi che circolano via e-mail e nelle newsgroup sono da considerare corrispondenza e come tali non possono venire violati*».

Con la decisione dell'11 gennaio 2001, il Garante ha inoltre ritenuto che gli indirizzi *e-mail* presenti in Internet non fossero assimilabili ai dati personali provenienti da «*pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque*» e quindi trattabili (secondo quanto disposto dell'art. 12 della Legge n. 675/1996, allora in vigore) anche in assenza del consenso dell'interessato. Secondo quanto sostiene il Garante, la mera circostanza che gli indirizzi di posta elettronica vengano lasciati dagli utenti in luoghi accessibili a chiunque (come appunto Internet) non può ritenersi sufficiente a far sì che questi siano liberamente utilizzabili. La piena conoscibilità di un dato non basta a renderlo liberamente trattabile, è bensì necessaria l'esistenza di un regime giuridico di piena conoscibilità di quel dato da parte di chiunque.

¹[Imperiali], pp. 714-715.

Con riferimento al *telemarketing*, con la *Newsletter* n. 6-12 novembre 2000, il Garante aveva ricordato che *«Se un cittadino non vuole ricevere telefonate commerciali, le società che lo hanno contattato, in base a dati ottenuti ed utilizzati correttamente, devono cancellare senza ritardo i dati in loro possesso. Non solo, ma devono anche fornire una precisa attestazione che la cancellazione è avvenuta ed è stata resa nota anche ad eventuali altre società alle quali i dati erano stati precedentemente comunicati»*.

Nella *Newsletter* n. 13-19 maggio 2002, il Garante, in merito al caso di un fornitore di servizi su Internet che inviava messaggi pubblicitari non richiesti tramite posta elettronica, ribadisce che *«è illegittimo utilizzare a scopi commerciali un indirizzo e-mail, che non compare in elenchi pubblici, senza il consenso del destinatario»*. Il Garante ribadisce ancora, con la *Newsletter* n. 24-30 giugno 2002, che *«La presenza dell'indirizzo e-mail di una persona su un sito Internet non autorizza le aziende, per il solo fatto di essere pubblico, ad utilizzarlo per inviare pubblicità»*.

In merito allo *spamming* tramite SMS il Garante afferma che *«non è consentito l'invio sul telefonino dell'utente di SMS promozionali, relativi a servizi offerti dalla società gestore di telefonia mobile, senza l'espresso consenso a ricevere questo tipo di informazioni»* (*Newsletter* n. 3-9 febbraio 2003) e ancora che *«è illecito inviare SMS pubblicitari senza aver prima acquisito il consenso libero ed informato dell'abbonato. Parimenti illecito l'«espediente», adottato da alcuni fornitori di servizi telefonici, di subordinare la stipula del contratto o l'attivazione della carta prepagata alla prestazione del consenso a ricevere messaggi pubblicitari, o quello di inserire tra gli obblighi contrattuali una dichiarazione standard di «impegno all'invio di SMS commerciali. Il gestore non può «nascondere» comunicazioni commerciali dietro fittizi «messaggi di servizio» alla propria utenza e deve acquisire in ogni caso il consenso libero del destinatario, sia se pubblicizza un servizio «altrui», sia se promuove un servizio della propria società»* (Parere del 10 giugno 2003).

Numerosi sono gli interventi del Garante in tema di *spamming* nel bien-

nio 2002-2003. Tra gli altri, la *Newsletter* n. 10-16 febbraio 2003 e le due decisioni del 25 giugno e del 25 luglio 2002, ribadiscono ulteriormente che *«gli indirizzi di posta elettronica non sono liberamente utilizzabili da chiunque per il solo fatto di trovarsi in rete. La vasta conoscibilità degli indirizzi e-mail che Internet consente non rende lecito l'uso di questi dati personali per scopi diversi da quelli per i quali sono presenti on line. Gli indirizzi e-mail non sono, quindi, "pubblici" come possono essere quelli presenti sugli elenchi telefonici»*².

Con il Provvedimento del 7 luglio 2004 il Garante è tornato sul tema degli SMS di pubblica utilità (già oggetto del Provvedimento generale del 12 marzo 2003) in ragione delle proteste di alcune fasce di cittadinanza destinatarie di un SMS della Presidenza del Consiglio che - adducendo a ragioni di ordine pubblico e urgenza - fungeva da promemoria alle imminenti elezioni europee. Nella sua decisione il Garante sottolinea *«il rischio che un'utilizzazione estensiva ed impropria del riferimento all'emergenza ed alle calamità possa condurre ad una "banalizzazione" dell'invio di messaggi sms da parte dei diversi soggetti istituzionali anche a livello locale, così contravvenendo alle prescrizioni indicate, che debbono essere considerate di stretta interpretazione. Eccezionalità, straordinarietà delle circostanze ed analiticità della motivazione debbono essere considerati elementi essenziali per la legittimità degli interventi d'urgenza in questa materia»*.

Per quanto riguarda il consenso, in più provvedimenti (provv. 22 febbraio 2007; provv. 12 ottobre 2005; provv. 3 novembre 2005; provv. 10 maggio 2006), il Garante precisa che *«non può definirsi "libero", e risulta indebitamente necessitato, il consenso ad un ulteriore trattamento dei dati personali che l'interessato "debba" prestare quale condizione per conseguire una prestazione richiesta; e che gli interessati devono essere messi in grado di esprimere consapevolmente e liberamente le proprie scelte in ordine al trattamento dei dati che li riguardano, manifestando il proprio consenso - allorché richiesto*

²[Bovino]

per legge - per ciascuna distinta finalità perseguita dal titolare».

Con il provvedimento del 14 luglio 2005, il Garante ha esentato dall'obbligo generale di subordinare al consenso dell'interessato il trattamento dei dati personali l'inserimento di un nominativo negli elenchi categorici, ex art. 24, comma 1, lett. d), del Codice in materia di protezione dei dati personali, in quanto il trattamento *«riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche»*.

Con il provvedimento del 20 aprile 2006, il Garante ha accolto un ricorso per *spamming* presentato contro una società di *marketing*, che aveva inviato una sola comunicazione commerciale all'interessato, peraltro volta non solo a illustrare l'attività aziendale ma proprio a chiedere al destinatario l'assenso all'invio di messaggi. Secondo l'Autorità, l'art. 130 del Codice della Privacy sanziona anche un'unica comunicazione commerciale indesiderata effettuata mediante posta elettronica. Il Garante esclude altresì che il consenso del destinatario all'invio della comunicazione commerciale possa essere chiesto con messaggi che abbiano contenuto promozionale o pubblicitario. Inoltre, ritiene inammissibile l'invio di un messaggio indesiderato che imponga all'interessato di esercitare attivamente il proprio diritto a non ricevere comunicazioni, con la manifestazione dell'opposizione al messaggio (per esempio a un indirizzo di posta elettronica indicato nel messaggio indesiderato). Il consenso, infatti, deve essere raccolto senza imporre oneri al destinatario e prima dell'invio del messaggio pubblicitario, così da evitare anche la prassi che tenta di eludere i vincoli in materia mediante l'invio di messaggi pubblicitari che indicano l'indirizzo, a volte anche fittizio, presso il quale si può esercitare l'opposizione.

Con provvedimento del 4 aprile 2007, l'Authority ha emesso un divieto di trattamento illecito dei dati personali, in considerazione dell'invio *«anche occasionale, di messaggi promozionali per mezzo del telefax in assenza del necessario consenso preventivo e informato dei destinatari»*.

Ancora nel 2009 (*Newsletter* del 5 maggio), il Garante ha ribadito che

«l'uso di sistemi automatizzati per inviare messaggi promozionali, anche quando si tratti di dati estratti da elenchi categorici o da albi, impone la preventiva acquisizione del consenso da parte dei destinatari. [...] La mancata osservanza del divieto del Garante espone anche a sanzioni penali».

Nella *Newsletter* del 24 giugno 2010, l'Authority riafferma il principio secondo cui *«a prescindere da dove vengano estratti i recapiti, chiunque invii messaggi promozionali mediante sistemi automatizzati (fax, e-mail, sms, mms), è sempre obbligato a raccogliere preventivamente il consenso specifico ed informato dei destinatari»*³.

Per quanto attiene l'esito dei giudizi, gli ormai numerosissimi provvedimenti vedono l'Autorità Garante pronunciarsi, nella quasi totalità dei casi, a favore del soggetto destinatario della comunicazione indesiderata. In merito al profilo meramente sanzionatorio, in linea di massima, il Garante provvede a:

- dichiarare l'illiceità della raccolta e/o del trattamento dei dati personali effettuati in violazione delle disposizioni del Codice della Privacy (in particolare degli artt. 11, 13, 23 e 130);
- vietare, ai sensi degli artt. 143, comma 1, lett. c) e 154, comma 1, lett. d), del Codice della Privacy, l'ulteriore illecito trattamento dei dati;
- prescrivere, ai sensi degli artt. 143, comma 1, lett. b) e 154, comma 1, lett. c), del Codice della Privacy, l'adozione di tutte le misure necessarie e opportune al fine di rendere il trattamento dei dati personali conforme alle disposizioni vigenti;
- riservare, con autonomo procedimento, la verifica dei presupposti per contestare al titolare del trattamento le eventuali violazioni amministrative di competenza della medesima autorità.

³[Punto Sap]

4.4 Sentenze

4.4.1 Lo *spamming* e la responsabilità civile

4.4.1.1 *Spamming* tramite *e-mail*

Una delle prime sentenze che riconosce il danno da *spamming*, pronunciata dal Giudice di Pace di Napoli (sentenza 7-10 giugno 2004), impone il risarcimento danni - morali e patrimoniali - per 1000 euro, più il pagamento di 750 euro di spese legali e la pubblicazione della sentenza di condanna su quattro quotidiani ed un settimanale nazionali. La causa fu promossa da un libero professionista, contro una ditta di articoli sportivi, per aver da quest'ultima ricevuto, presso la propria casella di posta elettronica e senza aver espresso un preventivo consenso informato, un messaggio promozionale che *«a grandi caratteri, illegittimamente ed arbitrariamente proponeva l'acquisto di numerosi articoli sportivi»*. Secondo quanto si legge dalle motivazioni della sentenza *«I messaggi pubblicitari di posta elettronica non richiesti e non preventivamente autorizzati rappresentano una violazione della legge sulla privacy e la società che li invia deve rispondere del comportamento illecito dei propri dipendenti»*. Il Giudice ha inoltre affermato che *«l'invio di posta elettronica indesiderata nella fattispecie è illegittimo sotto due profili: da un lato per la scorrettezza e l'illiceità del trattamento dei dati personali dell'attore da parte della convenuta e dall'altro lato perché provoca una illegittima intrusione e invasione nella sua sfera di riservatezza, come stabilito dal Garante per la Privacy»*. In virtù di tali ragioni, la società convenuta è stata dichiarata *«responsabile per fatto illecito ex art. 2043 cod. civ. essendo chiaro e definito il nesso di causalità tra l'evento ed il danno ingiusto subito dall'attore»*⁴.

Sempre il Giudice di Pace di Napoli, con la sentenza del 17 febbraio 2007, ha accolto il ricorso promosso da un legale (destinatario di posta elettronica indesiderata) contro una banca di rilevanza nazionale. Qui il Giudice ha

⁴[Moccia]

disposto il blocco dell'utilizzo dei dati personali del ricorrente da parte della società, condannandola al pagamento di 1.000 euro per risarcimento danni e di 830 euro per spese di lite. Nella pronuncia, il Giudice ha affermato che *«per inviare un messaggio commerciale occorre o una esplicita richiesta da parte dell'utente, o un precedente contatto acquisito durante la vendita di un prodotto o di un servizio analogo a quello che si intende pubblicizzare, la mail pubblicitaria deve inoltre comprendere un semplice meccanismo di disiscrizione. La semplice presenza in rete di un indirizzo di posta elettronica non lo rende pubblico e utilizzabile senza il consenso dell'interessato»*. La sentenza individua il danno risarcibile negli *«inconvenienti creati dalle perdite di tempo, nella tensione derivante dalle interferenze nella sfera privata, dalle interruzioni delle proprie abitudini e dall'alterazione della serenità necessari per svolgere l'attività lavorativa»*⁵.

Un altro caso particolarmente interessante si legge nella sentenza del Tribunale di Milano del 3 marzo 2010, che ha condannato una società commerciale di Milano per l'invio, a mezzo fax e posta elettronica, di comunicazioni promozionali relative a corsi di formazione professionale a pagamento. Il destinatario dei messaggi, un avvocato di Padova, aveva, fin dal primo invio, manifestato espressa opposizione al trattamento dei propri dati personali ed esercitato i propri diritti, ai sensi dell'art. 7 del Codice della Privacy, nei confronti del mittente. Ciononostante, gli invii di messaggi promozionali non richiesti non cessarono. Il Tribunale di Milano ha ritenuto il comportamento della società mittente, titolare del trattamento, contrario alle disposizioni di cui all'art. 130 del Codice della Privacy, condannandola alla cancellazione dei dati personali del destinatario, inibendo ogni ulteriore trattamento di quei dati, e, nel contempo, al risarcimento del danno patrimoniale di 2.000 euro, oltre agli interessi legali (fino al saldo) ed alle spese di giudizio. Il Tribunale, nel quantificare il danno in via equitativa, ha tenuto conto di tre fattori: il perdurare della condotta illecita, la quantità di comunicazioni in-

⁵[Punto Sap]

viate e il fastidio materialmente arrecato al destinatario delle comunicazioni. La decisione è particolarmente significativa perché considera il nocumento⁶, in relazione all'art. 130 del Codice, in *re ipsa*: l'evento è "in se stesso" dannoso, non ricade sull'interessato l'onere di dimostrare le singole situazioni di pregiudizio subite e risarcibili. L'invio di comunicazioni non sollecitate provoca infatti una illegittima intrusione nella sfera privata del destinatario, con una conseguente lesione della sua riservatezza, alla quale si aggiunge il disturbo causato dalla necessità di impiegare tempo per verificare e cancellare i messaggi indesiderati, oltreché un costo ulteriore per la connessione alla rete per il tempo necessario al *download* del messaggio e a quello sostenuto per la ricezione del fax⁷.

In merito all'individuazione del danno procurato, ad una diversa conclusione giunge il Tribunale di Udine, con sentenza datata 6 maggio 2005. Il Giudice per le indagini preliminari si è pronunciato su un procedimento penale aperto a seguito di una denuncia sporta per trattamento illecito di dati personali, in ragione dell'invio di comunicazioni indesiderate da parte di una società di informatica. Il mittente si giustificava da un lato sostenendo che l'indirizzo di posta elettronica del destinatario fosse pubblicato sia nell'albo professionale di appartenenza, sia sul sito Internet dell'interessato; dall'altro che non erano stati inviati ulteriori messaggi e che l'indirizzo era stato cancellato immediatamente dopo l'utilizzo. In ragione di tali circostanze, il Giudice ha ordinato l'archiviazione del procedimento per insussistenza della condizione di punibilità rilevando che «*non appare sussistere nella fattispecie concreta il nocumento richiesto dalla norma incriminatrice, non ritenendo questo Giudice che il nocumento sia in re ipsa, nell'invio di messaggio elettronico commerciale, essendosi trattato nel caso di specie di un solo messaggio non ripetuto che non ha provocato un concreto vulnus⁸ alla persona offesa, ma una lesione minima della privacy che non ha determinato un dan-*

⁶Qualificabile come "condizione di punibilità", che può anche non essere voluta.

⁷[Farina-2010]

⁸Violazione di un diritto.

no patrimonialmente apprezzabile». Tale pronuncia rileva per due ordini di motivi:

- si tratta della prima interpretazione giurisprudenziale circa il combinato disposto tra l'art. 130 e l'art. 167 del Codice della Privacy;
- si pone in contrasto con il precedente orientamento del Garante della *privacy*⁹, secondo il quale l'invio di *e-mail* pubblicitarie (anche una sola) senza il consenso del destinatario, effettuato ai fini di profitto, viola anche una norma penale (riferendosi all'art. 35 della Legge 675/1996).

L'orientamento del Garante sembra infatti superato dal mutato assetto normativo che - come spiega la Suprema Corte con sentenza del 9 luglio 2004 - con l'introduzione del Codice della Privacy, vede trasformarsi il reato di trattamento illecito dei dati da "reato di pericolo presunto" a "reato di pericolo concreto", punibile solo in caso di danno patrimoniale apprezzabile e non anche in caso di mera violazione formale¹⁰.

4.4.1.2 *Spamming* tramite SMS

Nell'ambito delle comunicazioni indesiderate inviate tramite SMS, risulta di rilievo la pronuncia del Tribunale di Napoli dell'8 luglio 2003. Il Tribunale era stato adito in via d'urgenza da un utente subissato da messaggi non voluti che richiedeva espressamente di sentir disporre, nei confronti del proprio operatore di telefonia mobile, la rimozione e la cancellazione dei propri dati personali illegittimamente trattati e utilizzati per scopi speculativi e commerciali. Secondo le condizioni di utilizzo previste dalla legge, il numero telefonico del cliente può essere trattato dalla compagnia telefonica fornitrice del servizio unicamente per scopi attinenti alla realizzazione e all'esecuzione del contratto, fini diversi rendono illecita qualsiasi utilizzazione avvenuta

⁹Comunicato stampa del 3 settembre 2003.

¹⁰[D'Agostini]

senza preventivo consenso. Nel caso in oggetto, gli SMS ricevuti non presentavano *«il carattere della necessità del trattamento dei dati ai fini dell'esecuzione del contratto, contratto che deve ritenersi abbia principalmente ad oggetto l'accesso del cliente alla rete telefonica mobile»*, mentre anche il solo utilizzo del numero telefonico del ricorrente *«costituisce un trattamento che, se non necessario per l'esecuzione del contratto, richiede il preventivo consenso scritto dell'interessato. [...] Come, invero, già sottolineato proprio di recente, da questo Tribunale (ord. 26 giugno 2003 e ord. 1° luglio 2003) e con motivazioni pienamente condivisibili, non può ritenersi [...] nella fattispecie sussistente il periculum in mora, atteso che il ricorrente per far fronte ai lamentati fastidi [...] ben avrebbe potuto provvedere alla loro eliminazione cancellandoli dalla memoria del suo cellulare, ovvero, a tacer d'altro, cambiando il proprio gestore. È, infatti, ormai possibile, attraverso il servizio Number portability, per ciascun utente il passaggio da un gestore di telefonia mobile a un altro senza dover cambiare il proprio numero telefonico (evitando quindi anche i disagi derivanti da tale operazione): con la conseguenza che alcun pericolo imminente, né irreparabile, appare configurabile nella suddetta pretesa»*.

Nella sentenza del 26 giugno 2004, che condannava un gestore del servizio di telefonia mobile a risarcire il danno all'utente per avergli reiteratamente inviato SMS senza aver dimostrato di avere richiesto e ottenuto il consenso dell'abbonato, il Giudice di Pace di Napoli ha puntualizzato che il consenso del destinatario del messaggio *«occorre sia se il fornitore pubblicizza mediante un SMS un servizio o un prodotto altrui, sia se lo stesso fornitore promuove un servizio o un prodotto della propria società. [...] è diverso il caso in cui il fornitore [...] invii un SMS per rendere legittimamente noti alcuni eventi legati strettamente al servizio prestato (funzionalità del servizio di assistenza o della segreteria telefonica, stato della ricezione dei messaggi o dei pagamenti, blocco della carta)»*.

Una pronuncia in particolare, quella del 19 giugno 2006 del Tribunale

di Latina (sezione distaccata di Terracina), ha inteso sanzionare in maniera particolarmente pesante la condotta lesiva. Anche il caso in oggetto nasce da una controversia tra un utente di telefonia mobile ed il proprio gestore, in occasione dell'invio di alcuni SMS di contenuto commerciale, in assenza del necessario previo consenso del destinatario. Secondo il giudice *«Il fornitore del servizio di telefonia mobile può utilizzare a scopo commerciale il numero dell'utenza (prepagata o "ad abbonamento") solo se l'utente abbia manifestato previamente il proprio consenso (o non abbia formulato opposizione, revocando, con ciò il consenso eventualmente prestato); tale principio non può essere eluso da parte del fornitore con la prospezzazione degli SMS pubblicitari come asseriti "messaggi di servizio"»*. La sentenza ha inoltre rilevato che *«Le comunicazioni indesiderate di carattere commerciale inviate mediante SMS, ove difetti il consenso del destinatario o vi sia la sua opposizione, costituiscono interferenza nella sua sfera privata e violazione del diritto alla privacy (intesa come violazione del diritto di costruire liberamente e difendere la propria sfera privata, di scegliere il proprio stile di vita senza influenze ed intromissioni indesiderate da parte di terzi) specie se gestite attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento di un operatore, poiché chi riceve la chiamata o il messaggio non ha alcuno strumento per prevenirli né alcun interlocutore diretto e presente a cui riferire il suo desiderio di rifiuto della comunicazione commerciale»*. Il danno subito dal destinatario sussiste in quanto *«costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli e a eliminare quelli indesiderati. Tale danno riguarda poi diritti della personalità di rango costituzionale»*. Il Tribunale ha dichiarato illegittimo il trattamento dei dati personali dell'attore effettuato dalla società convenuta, ordinando alla stessa di non utilizzare i dati personali dell'utente per finalità estranee all'erogazione del servizio telefonico ed, in particolare di cessare l'invio di messaggi SMS a carattere commerciale o comunque promozionali di servizi a pagamento. Il gestore è inoltre condannato al risarcimento del danno, quantificato (in via equitativa) in 1.000 euro per ciascun SMS indesiderato (per

complessivi 9.000 euro) più al pagamento di 3.000 euro di spese processuali¹¹.

4.4.2 Lo *spamming* come illecito penale

Risale al 16 dicembre del 2010 la prima condanna penale per trattamento illecito di dati personali, emessa contro due dirigenti di *Buongiorno Vitaminic*, una multinazionale che si occupa della creazione e distribuzione di contenuti multimediali. L'inchiesta, che ha visto ad oggi tre gradi di giudizio, è nata a seguito della denuncia di Gianluca Costamagna, gestore del sito di *humor* e barzellette *www.fuorissimo.com*, che ha accusato la *Buongiorno Vitaminic* d'aver clonato alcuni indirizzi *e-mail* di cui erano detentori e che, per motivi di *privacy*, non potevano essere utilizzati da altri. Nel 2001 Costamagna aveva stipulato con la *Buongiorno Vitaminic* un contratto per la gestione del database di una *newsletter* a contenuto umoristico - chiamata *Fuorissimo day* - da inviare con cadenza bisettimanale agli utenti che ne avevano fatto richiesta. Anche dopo la scadenza del contratto di collaborazione, la *Buongiorno* continuò tuttavia ad inviare altre *newsletter* non richieste, che pubblicizzavano le novità dei servizi della stessa *Buongiorno*, a circa 180mila utenti iscritti alla lista di *Fuorissimo*.

La sentenza di primo grado, emessa dal Tribunale di Milano, ha condannato i due manager a nove mesi di reclusione (con sospensione della pena) per trattamento illecito di dati personali, assolvendo i due dall'accusa di fronde informatica, pure formulata dal pubblico ministero, perché "il fatto non sussiste". Nel 2011 la Corte d'Appello di Roma ha confermato la sentenza di primo grado. Infine, con la sentenza del 15 giugno 2012, la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso dei due manager confermando ancora una volta la condanna a nove mesi di carcere.

Secondo quanto si legge dalla massima della sentenza della Cassazione «L'art. 167, D.Lgs. 196/2003, è un reato di pericolo effettivo e non meramente presunto con il risultato che la illecita utilizzazione dei dati personali

¹¹[Punto Sap]

*è punibile, non già in sé e per sé, ma in quanto suscettibile di produrre nocu-
mento alla persona dell'interessato e/o al suo patrimonio. [...] Il nocumento
che consegue all'illecito trattamento di dati personali è di vario genere non so-
lo economico, ma anche più immediatamente personale, quale ad esempio, la
perdita di tempo nel vagliare mail indesiderate e nelle procedure da seguire per
evitare ulteriori invii. Non vi è alcun bisogno di identificare compiutamente
ed interrogare decine (se non centinaia) di migliaia di utenti internautici, i
dati personali dei quali siano stati utilizzati in violazione della normativa,
perché, in fattispecie di tal fatta, per il numero delle persone e le caratteristi-
che non certo estemporanee dell'attività di propaganda - attuata e da attuare
- il vulnus è di tale entità da potersi quasi definire in re ipsa»¹².*

¹²[Vecchio]

Conclusioni

Il progresso tecnologico nel campo e dell'informazione e delle comunicazioni ha contribuito alla nascita di nuovi strumenti di *business* e nuovi metodi commerciali che, messi a disposizione degli operatori del settore, hanno determinato profonde e radicali trasformazioni nelle dinamiche degli scambi commerciali e nel rapporto tra il mondo imprenditoriale e quello degli utenti e consumatori. Mentre in passato l'impresa promuoveva i propri prodotti rivolgendosi in maniera indiscriminata alla massa dei potenziali clienti, l'attuale contesto - grazie alla proliferazione di tecnologie di raccolta, trattamento e analisi delle informazioni sui consumatori - vede le imprese concentrare le proprie risorse su attività connesse alla profilazione degli utenti ed alla realizzazione di campagne di *marketing* diretto, mirate al raggiungimento di uno specifico target di potenziali clienti.

L'uso delle moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione funge da importante traino per l'economia, sostituendosi alle fonti di produzione e di ricchezza più tradizionali, tuttavia, esso accresce esponenzialmente la concreta possibilità di illecite intrusioni nella vita privata degli utenti. Lo scenario odierno vede dunque l'esigenza trovare un equilibrio tra due interessi contrapposti ed egualmente meritevoli di tutela: il diritto alla tranquillità e alla riservatezza degli utenti da un lato, il libero esercizio dell'attività imprenditoriale e la libera circolazione delle informazioni dall'altro lato. La composizione di questi diversi interessi risulta necessaria per lo stesso sviluppo dell'*e-commerce*, strettamente connesso alla fiducia del consumatore verso

l'uso delle reti telematiche. Da qui nasce la necessità di un assetto normativo in grado di stabilire, in modo chiaro ed univoco, limiti e garanzie nell'ambito del trattamento dei dati personali ai fini di *marketing* diretto¹³.

Consapevole di tale esigenza, la Commissione Europea ha, nel gennaio 2012, emanato una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio¹⁴ *“concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)”*. La Commissione rileva in particolare che *«l'Unione europea ha bisogno di una politica più completa e coerente rispetto al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Pur rimanendo valido in termini di obiettivi e principi, il quadro giuridico attuale non ha impedito la frammentazione delle modalità di applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica e la diffusa percezione nel pubblico che le operazioni on line comportino notevoli rischi. È giunto pertanto il momento di instaurare un quadro giuridico più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione che, affiancato da efficaci misure di attuazione, consentirà lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno, garantirà alle persone fisiche il controllo dei loro dati personali e rafforzerà la certezza giuridica e operativa per i soggetti economici e le autorità pubbliche»*. Alla luce di tali circostanze, e in considerazione della portata ormai globale dei problemi legati alle nuove tecnologie, la Commissione ritiene necessaria un'azione a livello di Unione per quattro importanti ragioni:

- *il diritto alla protezione dei dati personali, sancito dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, richiede il medesimo livello di protezione dei dati in tutta l'Unione. In mancanza di una normativa dell'Unione si*

¹³[Scorza], pp. 37-41.

¹⁴Commissione Europea, Bruxelles, 25 gennaio 2012, COM (2012) 11 final, 2012/0011 (COD), *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)*.

rischierebbe di instaurare livelli diversi di protezione negli Stati membri e di creare restrizioni nei flussi transfrontalieri di dati personali tra gli Stati membri dotati di norme differenti;

- i dati personali sono trasferiti attraverso le frontiere nazionali, sia interne che esterne, ad un ritmo sempre crescente. Inoltre, esistono difficoltà pratiche nell'attuare efficacemente la normativa in materia di protezione dei dati e occorre stabilire una cooperazione tra gli Stati membri e le autorità nazionali a livello di Unione, per garantire uniformità nell'applicazione del diritto dell'UE. Infine, l'Unione si trova nella posizione migliore per garantire in maniera efficace e coerente lo stesso livello di protezione alle persone fisiche i cui dati personali siano trasferiti verso paesi terzi;*
- gli Stati membri non sono in grado da soli di risolvere i problemi posti dalla situazione attuale, in particolare dalla frammentazione delle legislazioni nazionali. Conseguentemente esiste la precisa esigenza di istituire un quadro armonizzato e coerente che consenta un agevole trasferimento transfrontaliero di dati personali all'interno dell'Unione europea e che garantisca nel contempo un'effettiva tutela di tutte le persone fisiche nell'intero territorio dell'UE;*
- le proposte legislative dell'UE risulteranno più efficaci rispetto ad analoghi provvedimenti adottati dai singoli Stati membri, a motivo della natura e della dimensione dei problemi che non sono confinati a uno o più Stati membri.*

In conclusione, varie e complesse sono le problematiche tecnico-giuridiche connesse all'uso delle reti telematiche. Tra le altre, quella legata all'invio di comunicazioni commerciali indesiderate sembra essere, a tutt'oggi, di difficile soluzione. I numerosi interventi normativi comunitari e nazionali non sono riusciti a delineare un quadro disciplinare coerente e completo in grado di

risolvere il problema dello *spamming*. Il sopracitato contrasto di interessi tra utenti-consumatori e imprese si esprime, nel contesto normativo, con la travagliata scelta del legislatore tra un sistema improntato sul modello dell'*opt-in* (consenso preventivo) e quello basato sul modello di *opt-out* (diritto di opposizione). L'ordinamento nazionale, dapprima radicalmente improntato su un sistema di *opt-in*, ha visto, con le recenti modifiche apportate al Codice della Privacy e l'istituzione del Registro Pubblico delle Opposizioni, una svolta verso il regime dell'*opt-out*, di maggior favore per le imprese e di minor garanzia per i cittadini, così determinando una pericolosa erosione della *privacy* dei consumatori a vantaggio degli interessi del mondo imprenditoriale.

È auspicabile dunque che trovi luce una maggiore cooperazione non solo a livello comunitario, ma a livello mondiale, che consenta un'armonizzazione delle attuali normative in materia di *spamming* e comunicazioni commerciali in generale, che delinei una disciplina il più possibile equa, in grado di bilanciare al meglio l'esigenza di tutela dei diritti e delle libertà delle persone, con particolare riferimento all'identità personale e alla vita privata degli individui che utilizzano le reti telematiche, e quella di sviluppo dei servizi della *società dell'informazione*.

Bibliografia

- [Acciai] ACCIAI R. (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Rimini: Maggioli, 2004.
- [Alpa] ALPA G., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2005.
- [Bianca] BIANCA C.M., BUSNELLI F.D. (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della Privacy)*, Padova: CEDAM, 2007.
- [Bovino] BOVINO L., *Lo spamming e il Garante*, S.d., *Anti-Phishing Italia* [on-line], Disponibile su: <<http://www.anti-phishing.it/spamming/spamming.garante.php>>, [Data di accesso: 6 luglio 2012].
- [Cassano] CASSANO G., FADDA S. (a cura di), *Codice in materia di protezione dei dati personali. Commento articolo per articolo al testo unico sulla privacy D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Milanoforni, Assago: IPSOA, 2004.
- [Cesaro] CERSARO E. (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, Padova: CEDAM, 2007.

- [Cirillo] CIRILLO G.P. (a cura di), *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano: Giuffè, 2004.
- [D'Agostini] D'AGOSTINI D., *Invio di comunicazioni elettroniche non sollecitate tra marketing e illecito penale*, 29 giugno 2005, *Altalex* [on-line], Disponibile su: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=4288>>, [Data di accesso: 7 luglio 2012].
- [De Cristoforo] DE CRISTOFORO G., *Commentario breve al diritto dei consumatori (codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova: CEDAM, 2010.
- [Del Ninno] DEL NINNO A., *La tutela dei dati personali. Guida pratica al Codice della Privacy (D.Lgs. 30.6.2003, n. 196)*, Milano: Giuffè, 2006.
- [Farina-2010] FARINA M., *Comunicazioni commerciali indesiderate: il danno in re ipsa*, 25 maggio 2010, *Persona e danno* [on-line], Disponibile su: <http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=33265>, [Data di accesso: 29 giugno 2012].
- [Farina-2011] FARINA M., *Telemarketing: dall'opt-in all'opt-out ma soltanto per le comunicazioni telefoniche*, 01 novembre 2011, *Jei - Jus e internet* [on-line], Disponibile su: <http://www.jei.it/infogiuridica/notizia.php?ID_articoli=611>, [Data di accesso: 29 giugno 2012].
- [Finocchiaro] FINOCCHIARO G., ROSSELLO C.C., TOSI E. (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino: Giappichelli, 2003.

- [Gambino] GAMBINO A.M., STAZI A., *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino: Giappichelli, 2009.
- [Greco] GRECO A., *Il Registro Pubblico delle Opposizioni: solo una facciata di comodo davanti all'UE?*, 21 settembre 2011, *PMI-dome. Il network per le piccole imprese* [on-line], Disponibile su: <<http://www.i-dome.com/articolo/18876-Il-Registro-Pubblico-delle-Opposizioni-solo-una-facciata-di-comodo-davanti-all-UE.html>>, [Data di accesso: 29 giugno 2012].
- [Grementieri] GREMENTIERI R., *Registro delle opposizioni per il Marketing postale*, 22 settembre 2011, *PMI.it* [on-line], Disponibile su: <<http://www.pmi.it/impresa/normativa/articolo/9674/registro-delle-opposizioni-per-il-marketing-postale.html>>, [Data di accesso: 29 giugno 2012].
- [Imperiali] IMPERIALI R., *Codice della Privacy. Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Milano: Il Sole 24 ore, 2005.
- [Lisi] LISI A., *Il recepimento della Direttiva 2000/31/CE per la P.A.: dalla firma elettronica all'e-commerce per una P.A. che si "aziendalizza". Relazione al Convegno Nazionale DAE*, Catania 27/28 giugno 2003, *Altalex* [on-line], Disponibile su: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=6316>>, [Data di accesso: 26 aprile 2012].
- [Manna] MANNA L., *La disciplina del commercio elettronico*, Padova: CEDAM, 2005.
- [Marcelli] MARCELLI P., *Privacy e telemarketing: aggiornato il Codice in materia di protezione dei dati personali - cambia tutto*, 29 novembre 2009, *Complian-*

- ceNet. La compliance e la banca* [on-line], Disponibile su: <<http://www.compliancenet.it/users/agatino-grillo?q=node/303>>, [Data di accesso: 29 giugno 2012].
- [Moccia] MOCCIA V., *Prima sentenza di condanna dello spamming in Italia*, 23 giugno 2004, *Peacelink. Telematica per la pace* [on-line], Disponibile su: <<http://www.peacelink.it/diritto/a/5666.html>>, [Data di accesso: 7 luglio 2012].
- [Monducci] MONDUCCI J., SARTOR G. (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova: CEDAM, 2004.
- [Niger] NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova: CEDAM, 2006.
- [Panetta] PANETTA R. (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano: Giuffè, 2006.
- [Piva] PIVA A., D'AGOSTINI D., *Le comunicazioni elettroniche non sollecitate*, in *Mondo digitale*, n. 4, 2004.
- [Punto Sap] PUNTO SAP, *Spamming: modalità di tutela e risarcimento del danno*, 4 aprile 2011, *Punto Sap. Servizi e assistenza professionale* [on-line], Disponibile su: <<http://www.puntosap.it/?p=983>>, [Data di accesso: 7 luglio 2012].
- [Razzante] RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione. Con riferimenti alla tutela della privacy, alla diffamazione e all'editoria on-line*, terza edizione, Padova: CEDAM, 2005.

- [Ricchiuto] RICCHIUTO P., *Privacy e comunicazioni indesiderate: un nuovo capitolo*, 23 febbraio 2006, *InterLex. Diritto Tecnologia Informazione* [on-line], Disponibile su: <<http://www.interlex.it/675/ricchiu20.htm>>, [Data di accesso: 2 luglio 2012].
- [Rolli] ROLLI R., *Codice del Consumo. Commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, terza edizione, Piacenza: La Tribuna, 2012.
- [Santaniello] SANTANIELLO G. (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova: CEDAM, 2005.
- [Scorza] SCORZA G., *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet. Pubblicità, privacy, contratti, concorrenza e proprietà intellettuale nel cyberspazio*, Padova: CEDAM, 2006.
- [Sica] SICA S., *Guida pratica alla privacy: banche, sanità, rapporti di lavoro, Internet, giornalisti e ambito giudiziario*, Roma: Bancaria, 2006.
- [Stanzione] SICA S., STANZIONE P., *La nuova disciplina della privacy. Commento al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Bologna: Zanichelli, 2004.
- [Sciancalepore] STANZIONE P., SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano: IPSOA, 2006.
- [Tosi] TOSI E. (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario. Commento al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, Milano: Giuffrè, 2003.

- [Ubertazzi] UBERTAZZI T.M., *Il diritto alla privacy. Natura e funzione giuridiche*, Padova: CEDAM, 2004.
- [Valentino] VALENTINO D. (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2004.
- [Vecchio] VECCHIO M., *Buongiorno Vitaminic, il caso è chiuso*, 28 maggio 2010, Punto Informativo [on-line], Disponibile su: <<http://puntoinformativo.it/3527233/PI/News/buongiorno-vitaminic-caso-chiuso.aspx>>, [Data di accesso: 7 luglio 2012].
- [Vettori] VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova: CEDAM, 2007.
- [Ziccardi] ZICCARDI G., *Telematica giuridica: utilizzo avanzato delle nuove tecnologie da parte del professionista del diritto*, Milano: Giuffrè, 2005.
- [Zucchetti] ZUCCHETTI A., e altri, *Codice della Privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Milano: Giuffrè, 2004.